Der Inhalt der Haftung des Verkäufers nach deutschem bürgerlichen Recht

(mit Ausschluss der Haftung für physische Eigenschaften, bezw. Mängel der Kaufsache).

Inaugural-Dissertation

zur

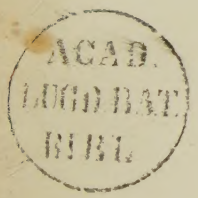
Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

vorgelegt von

Kurt Rawitscher,
Referendar beim Königl. Landgericht zu Brieg.



Breslau 1901.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0182

Inhalts-Verzeichniss.

		Seite
	Einleitung.	
§ 1.	**I. Nähere Bestimmung der zu behandelnden Frage**	1
	II. Geschichtliches.	
§ 2.	1. Römisches Recht	2
§ 3.	2. Das ältere deutsche Recht	6
§ 4.	3. Das preussische Landrecht mit seinen Ergänzungen	7
§ 5.	4. Das allgemeine Handelsgesetzbuch	9
	III. Uebersicht über die primären Verpflichtungen des Verkäufers.	
§ 6.	a) Im Allgemeinen	11
§ 7.	b) Besonderheiten bei dem Verkaufe von Rechten	20
§ 8.	c) Beschränkungen	22
	Haupttheil.	
	Die Gestaltung der Haftung des Verkäufers für seine Verpflichtungen.	
§ 9.	1. Kapitel. Im Allgemeinen	25
	2. Kapitel. Unter Hinzutritt besonderer Umstände.	
	a) Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung.	
§ 10.	α) Die von keiner Seite, vom Käufer noch Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit	31
§ 11.	β) Die vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit	39
§ 12.	γ) Die vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit	42
§ 13.	b) Erfüllungsverzug des Verkäufers	47
	c) Erfüllungsunvermögen des Verkäufers.	
§ 14.	α) Ursprüngliches Unvermögen	55
§ 15.	β) Nachträgliches Unvermögen	61
§ 16.	3. Kapitel. Besondere Voraussetzungen der Haftung auf Schadensersatz	67

Einleitung.

I. Nähere Bestimmung der zu behandelnden Frage.

§ 1.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit soll es sein, den Inhalt der Haftung des Verkäufers nach dem bürgerlichen Gesetzbuche näher festzustellen. Die Gewährleistung des Verkäufers für physische Eigenschaften bezw. Mängel der Kaufsache, die nur in losem Zusammenhange mit der übrigen Haftung des Verkäufers steht, nach Inhalt und Rechtsmittel von derselben durchaus verschieden ist und ihren besonderen Entwickelungsgang durch das Edikt der Aedilen und im älteren deutschen Rechte durchgemacht hat, muss aus unserer Betrachtung ausscheiden. Damit wir aber ein klares Bild von der so begrenzten Haftung des Verkäufers gewinnen können, werden wir zuerst die Grundlage für die Haftung des Verkäufers, das sind die primären Verpflichtungen des Verkäufers, aus deren Nichterfüllung die secundären Verpflichtungen entstehen, die unter dem Namen der Haftung einbegriffen sind, einer kurzen einleitenden Betrachtung unterziehen müssen. Beides soll durch eine ebenfalls gedrängte historische Uebersicht vorbereitet werden.

II. Geschichtliche Einleitung.

§ 2.

I. Römisches Recht.

Im römischen Rechte galt der Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet l. 54 D. de reg. iur. 50, 17. Daher konnte der Käufer einer körperlichen Sache das Eigenthum an derselben nur erwerben, wenn sie dem Verkäufer gehörte, der Käufer eines bereits bestehenden Rechtes konnte dasselbe nur erwerben, wenn es dem Verkäufer zustand, und der Käufer eines erst zu bestellenden Rechtes konnte dasselbe mit voller Wirksamkeit nur erwerben, wenn der Verkäufer zu einer derartigen Bestellung desselben legitimirt war.[1]) Da also sehr häufig der Fall eintreten konnte, dass es dem Verkäufer unmöglich war, dem Käufer das Eigenthum an der verkauften Sache oder das verkaufte Recht zu verschaffen, so legte das römische Recht eine derartige Verpflichtung dem Verkäufer nicht auf.[2]) Die Auferlegung einer solchen allein würde aber auch nicht dem Käufer einen genügenden Schutz gegen Eviktion der gekauften körperlichen Sache auf Grund eines Rechtes, das zum Besitze der gekauften Sache berechtigte, z. B. einer Superficies, Emphyteuse, eines Niessbrauchs- oder Pfandrechtes gewährt haben. Andererseits konnte aber der Käufer das gekaufte Recht z. B. die gekaufte Servitut,[3]) Superficies,[4]) Emphyteuse[5]) oder das Eigenthum der gekauften und ihm übergebenen Sache[6]) durch Ersitzung erwerben, und bis zur Erlangung des Eigenthums oder Rechtes war er in seinem Besitze als publicianisch Berech-

[1]) l. 15 § 1 D. de pig. 20, 1; l. 6 C. si alinea res 8, 15; l. 6 pr. D. communia praediorum 8, 4; l. 1 pr. D. q. m. u. a. 7, 4; l. 1 § 9 de superf. 43, 18.

[2]) Windscheid, § 389 S. 609, § 397 S. 667; Leonhard, Entw. S. 65.

[3]) Dernburg, P. § 252 S. 622 1. Bd.

[4]) Dernburg, P. § 259 II, 1 S. 644 1. Bd.; R.G. VII S. 146.

[5]) Dernburg, P. § 260 I S. 647 1. Bd.

[6]) l. 25 D. de usurp. 41, 3.

tigter gegen schlechter Berechtigte geschützt,[7]) und Rechte Dritter an der gekauften Sache konnten durch Verjährung[8]) oder non usus[9]) erlöschen. Solange aber der Käufer unangefochten im Besitze der gekauften Sache oder der Sache war, zu deren Besitze das gekaufte Recht ihn berechtigte, und ihn Rechte Dritter nicht gestört hatten, konnte von einer Verletzung seines Interesses keine Rede sein. Wenn man dies alles in Erwägung zieht, so muss man die Verpflichtung, welche das römische Recht dem Verkäufer auferlegte, nämlich »dafür zu sorgen, dass der Käufer die Kaufsache in seinem Vermögen habe,«[10]) durchaus den Verhältnissen des römischen Rechtes entsprechend erachten. Im speciellen legte das römische Recht dem Verkäufer einer körperlichen Sache die Verpflichtung auf »dem Käufer die gekaufte Sache als eigene zu übergeben und dafür einzustehen, dass er dieselbe wie eine eigene haben und geniessen könne«.[10]) Dies ist im Wesentlichen der Standpunkt von Eck,[11]) nur in diesem Umfange will er die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums verstanden wissen. »Eine besonders wichtige Seite dieser letzteren Verpflichtung des Verkäufers war seine Verhaftung wegen Entwehrung.«[10]) Diese bestand darin, dass der Käufer, dem die gekaufte Sache infolge rechtskräftigen Urtheiles entzogen worden war, vom Käufer Schadensersatz verlangen konnte.[12]) Hierbei kam es nicht darauf an, ob die Eviktion auf Grund einer rei vindicatio, actio Publiciana oder einer gegen Dritte zulässigen persönlichen Klage oder einer Pfandklage erfolgte.[13]) Solange

[7]) Gaj. Inst. IV § 36 l.l. 16, 17 D. de Publ. a. 6, 2; l. 12 § 2 h. t. 6, 2; Dernburg, P. § 259 II, 1 S. 645 1. Bd.

[8]) l. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praesc. 44, 3; l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10; l. 2 C. adv. cred. 7, 36; l. 19 C. de evict. 8, 44.

[9]) § 3 Inst. de usufructu 2, 4; l. 25 D. q. m. u. a. 7, 4.

[10]) Windscheid, § 389 S. 609.

[11]) Eck, S. 43.

[12]) Dernburg, P. § 99 S. 271 und 274.

[13]) l. 34 § 2, l. 35, l. 63 § 1 D. h. t. l.l. 4, 5, 19 C. h. t. 8, 44; l. 34 § 1 D. h. t.; l. 39 pr., l. 66 § 1 D. h. t.; l. 38 § 3 D. de verb. obl. 45, 1; Dernburg, P. § 99, 1 c S. 273.

Eviktion noch nicht erfolgt war, konnte der Käufer nur die Zahlung des Kaufpreises verweigern.[14]) Der Käufer hatte aber nur dann Regressansprüche gegen den Verkäufer, wenn das Recht, auf Grund dessen ihm die Kaufsache evincirt worden war, bereits zur Zeit der Uebergabe derselben an ihn bestanden hatte.[15]) Auch das Erstreiten von Servituten, die dem Käufer den Besitz der Kaufsache entzogen, z. B. eines Niessbrauches, machte den Verkäufer regresspflichtig.[16]) Dagegen war dies nicht der Fall beim Erstreiten von Servituten, die dem Käufer den Besitz der Kaufsache beliessen.[17]) Für ortsübliche Reallasten haftete der Verkäufer nach gemeinem Rechte nicht, wohl aber für nicht ortsübliche.[18]) Von einer Eviktion konnte aber keine Rede sein, wenn nicht dem Käufer die Kaufsache vorher übergeben worden war, deren Besitz ihm nachher entzogen wurde. »Die Verhaftung des Verkäufers erschöpfte sich aber nicht in seiner Eviktionshaftung«, vielmehr trat sie auch in allen den Fällen ein, in welchen durch die Nichtverschaffung des Eigenthums an der gekauften Sache das Interesse des Käufers verletzt wurde, ohne dass ihm der Besitz der Sache entzogen worden war.[11]) Hierher gehören die Fälle, in welchen der Käufer im Besitze der Kaufsache geblieben war, diesen aber nicht mehr infolge der Uebergabe der Kaufsache auf Grund des Kaufvertrages hatte, sondern infolge anderer Ereignisse oder Rechtsgeschäfte in dem Besitze derselben geblieben war. So z. B., wenn der Käufer dem wahren Eigenthümer der Kaufsache dieselbe nachträglich abgekauft oder von ihm geschenkt erhalten hatte,[19]) oder er den Eigenthümer beerbt, nicht aber, wenn dieser ihn beerbt hatte,[20]) oder die Kaufsache

[14]) Seuffert, XIII n. 137, 15.
[15]) l. 11 pr. h. t.
[16]) l. 49 D. h. t.; l. 66 pr. D. de contr. empt. 18, 1.
[17]) l.l. 59, 66 D. l. c. 18, 1.
[18]) Dernburg, P. § 99, 1c S. 274.
[19]) l. 29 pr. D. h. t.; l. 13 § 15 D. de act. empt. vend. 19, 1.
[20]) l. 41 § 1 pr. h. t.

vor erfolgter Eviktion untergegangen war.[21]) Der Verkäufer war aber in allen Fällen von jeder Schadensersatzpflicht frei, wenn der Käufer den Mangel in seinem Rechte zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages gekannt hatte.[21a])

In allen bisher behandelten Fällen war der Grund für die Nichterfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers subjective, d. h. nur in der Person des Verkäufers liegende, Unmöglichkeit, oder wie es das bürgerliche Gesetzbuch nennt, Unvermögen des Schuldners. Dieser Umstand, die mangelnde facultus dandi, machte den Kaufvertrag nicht ungültig, vielmehr konnte der Käufer den Verkäufer trotz dieses Umstandes auf das Interesse, das er an der Erfüllung des Kaufvertrages hatte, belangen. Lag aber beim Abschlusse des Kaufvertrages bereits objective, d. h. für jedermann vorhandene, Unmöglichkeit der Erfüllung desselben vor, so war der Kaufvertrag nichtig.[22]) War die Erfüllung des Kaufvertrages nach dem Abschlusse desselben infolge von dolus oder culpa des Verkäufers objectiv unmöglich geworden, so musste dieser dem Käufer Schadensersatz leisten.[23]) Das Gleiche war der Fall, wenn die Kaufsache, nachdem der Verkäufer in Verzug gekommen war, untergegangen war, sei es auch ohne irgend welche culpa des Verkäufers, sofern diesem nicht der Nachweis gelang, dass der Zufall die Kaufsache auch bei rechtzeitiger Lieferung an den Käufer getroffen hätte.[24]) Trat dagegen nach Perfection des Kaufvertrages, ohne dass der Verkäufer vorher in Verzug gekommen, oder dass irgend welche culpa von seiner Seite vorlag, Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache ein, so musste der Käufer trotzdem den vollen Kaufpreis zahlen. Es galt der Satz: periculum est emptoris.[25]) »Jedoch konnte der Käufer vom Ver-

[21]) l. 21 pr. h. t.

[21a]) l. 27 C. h. t. 8, 44.

[22]) l. 185 D. de reg. iur. 50, 17.

[23]) l. 1 § 1, l. 2 § 3, l. 3 D. de per. et comm. 18, 6.

[24]) Dernburg, P. § 41 S. 114; Windscheid, § 280 N. 14.

[25]) §§ 3, 3a Inst. de empt. et vend. 3, 23; l. 6 C. de per. et comm. 4, 48.

käufer Herausgabe des durch dieses Ereigniss erlangten commodum, z. B. der Versicherungssumme verlangen, da er in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trug, durch das der Verkäufer von seiner Leistung befreit wurde.«[26]) Im römischen Rechte war es streitig, ob bei dem Verkaufe einer nicht existirenden Forderung objective oder subjective Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages seitens des Verkäufers vorlag. Nach der herrschenden Ansicht war die Erfüllung des Kaufvertrages nur subjectiv, nicht objectiv unmöglich, der Kaufvertrag war also gültig und der Verkäufer haftete dem Käufer auf Schadensersatz.[27])

§ 3.

2. Das ältere deutsche Recht.

Unter den Regeln des älteren deutschen Rechtes, die von Einfluss auf die Haftung des Verkäufers waren, kommen vor allen folgende Sätze in Betracht: »Hand muss Hand wahren« und »Wo einer seinen Glauben gelassen hat, da muss er ihn wieder suchen«. Zwar konnte der Käufer nach deutschem Rechte wie nach römischem Rechte nur Eigenthümer der gekauften beweglichen Sache werden, wenn er sie von ihrem Eigenthümer gekauft hatte, aber dieser konnte hiernach die gekaufte Sache im Gegensatze zum römischen Rechte vom Käufer, der sie vom Nichteigenthümer gekauft hatte, nur dann zurückverlangen, wenn er ihren Besitz ohne seinen Willen verloren hatte, sofern der Käufer nicht in bösem Glauben gewesen war. Gerber[1]) nimmt sogar in diesen Fällen Eigenthumserwerb an der gekauften Sache durch den Käufer an. Ferner war die Bestimmung von grosser Bedeutung, dass im Gegensatze zum römischen Rechte die Gefahr der Kaufsache nicht

[26]) Fr. Mommsen, Erörterungen über die Regel cuius periculum est, eius commodum esse debet S. 144.

[27]) l.l. 4, 5 D. de her. 18, 4; l. 74 § 3 D. de evict. 21, 2; Windscheid, § 315 N. 4; Seuffert, XXII n. 35.

[1]) Gerber, S. 179 § 101.

schon mit dem Abschlusse des Kaufvertrages, sondern erst mit der Uebergabe der Kaufsache auf den Käufer überging.[2]) Ging also vor diesem Zeitpunkte die gekaufte Sache unter, so wurde der Käufer von seiner Verpflichtung frei.

§ 4.

3. Das preussische Landrecht mit seinen Ergänzungen.

Nach A.L.R. wurde wie nach römischem Rechte der Käufer einer beweglichen Sache nur dann durch die Uebergabe derselben Eigenthümer, wenn sie dem Verkäufer gehört hatte (I, 10 § 3). War dieses nicht der Fall gewesen, so konnte der Eigenthümer die Herausgabe der gekauften Sache vom Käufer verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob er ihren Besitz freiwillig oder unfreiwillig verloren hatte (I, 15 § 1). Jedoch begünstigte das A.L.R. den Verkehr durch zahlreiche Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel und erwies sich als ein Vorläufer des späteren allg. H.G.B. Hatte nämlich der Kauf der Sachen bei einer öffentlichen Versteigerung, von dem Fisco oder in dem Laden eines Kaufmannes, welcher die Gilde gewonnen hatte, stattgefunden, so war eine Vindication der gekauften Sachen von ihrem Käufer nicht zulässig (I, 15 §§ 42, 43). Dem redlichen Käufer von Grundstücken und Rechten an solchen war durch das preussische E.E.G. vom 5. Mai 1872 ein weitgehender Schutz des guten Glaubens gewährt worden. War für den Käufer eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem solchen das Eigenthum des Grundstückes oder das Recht an diesem im Grundbuche eingetragen worden, so blieb sein Recht gegenüber dem wahren Eigenthümer des Grundstückes bezw. Inhaber des Rechtes an diesem in Kraft, sofern der Käufer nicht die Unrichtigkeit des Grundbuches gekannt hatte.[1]) Unter der gleichen Voraussetzung erwarb der Käufer das Grundstück bezw.

[2]) Gerber, S. 345 § 205.

[1]) Dernburg, Pr. P. § 202 S. 498, 1. Bd., E.E.G. § 17; Förster, Bd. I S. 131 § 23a, Bd. III S. 267 § 178.

das Recht an diesem frei von allen im Grundbuche nicht eingetragenen Rechten, die zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen.[2]) Es wurde also nach preussischem Rechte der Käufer in dem ungestörten Besitze des Kaufobjectes in einer Reihe von Fällen geschützt und in anderen Fällen sogar Eigenthümer bezw. Inhaber des Kaufobjectes, obwohl er von einem Nichtberechtigten es gekauft hatte. Um so angemessener erschien es, auch in den übrigen Fällen die berechtigte Hoffnung des Käufers auf den Erwerb des Kaufgegenstandes, in erhöhtem Maasse zu sichern. Das A.L.R. legte dementsprechend dem Verkäufer nicht nur die Verpflichtung auf, dem Käufer das Eigenthum an der verkauften Sache abzutreten (I, 11 § 1), sondern es erklärte den Verkäufer auch für schuldig, dem Käufer die Sache[3]) so zu gewähren und zu übergeben (I, 11 § 76), dass dieser dieselbe bedungenermassen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne (I, 11 § 135). Hieraus ergab sich, nach dem Inkrafttreten des E.E.G. für den Verkäufer eines Grundstückes die Verpflichtung zur Auflassung desselben an den Käufer.[4]) Wurde dem Käufer die gekaufte und bereits geleistete Sache wegen eines Mangels im Rechte des Verkäufers durch rechtskräftiges Urtheil entzogen, so konnte er vom Verkäufer Schadensersatz verlangen.[5]) Das A.L.R. erweiterte ferner die Haftung des Verkäufers für Rechte Dritter, die auf dem verkauften Grundstücke hafteten und gegen den Nachfolger des Verpflichteten geltend gemacht werden konnten; nur für gemeine Lasten, d. h. öffentliche Lasten und Abgaben, die auf dem verkauften Grundstücke hafteten, brauchte der Verkäufer nicht zu haften (I, 11 § 175). Dagegen haftete der Verkäufer für alle Rück-

[2]) Dernburg, a. a. O. E.E.G. § 12; Förster, Bd. III S. 335 § 184.

[3]) Das Wort „Sache" ist hier in weiterem Sinne gebraucht, in dem es im Gegensatze zu dem Worte „Handlungen" steht und gleichzeitig körperliche Sachen und Rechte umfasst, I 11 § 28, I 4 § 5.

[4]) Dernburg, Pr. P. § 141, 2 S. 378 2. Bd.

[5]) Dernburg, Pr. P. § 148 S. 406 2. Bd.

stände öffentlicher Abgaben und Lasten, die in die Zeit vor der Uebergabe trafen (I, 11 § 182), sowie für Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, welche nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegen, sofern er sie nicht dem Käufer beim Abschlusse des Kaufvertrages angezeigt hatte (I, 11 § 183). Zu letzteren rechnete man z. B. den Altentheil, Wohnrechte, Pacht- und Miethrechte.[6]) Hypotheken und Grundschulden, die auf dem Grundstücke hafteten, sowie Vormerkungen solcher hatte der Verkäufer sogar trotz Kenntniss des Käufers zu vertreten, sofern dieser sie nicht ausdrücklich übernommen hatte.[7])

Der Verkäufer einer Forderung haftete dem Käufer für die Richtigkeit und Rechtsgiltigkeit, sowie für die Sicherheit derselben, ausgenommen bei hypothekarisch gesicherten Forderungen (I, 11 §§ 420, 427, 430). Der Verkäufer eines Werthpapieres musste auch dafür einstehen, dass dieses nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten war.[8]) Bezüglich des Zeitpunktes des Ueberganges der Gefahr beim Kaufe hatte sich das A.L.R. dem älteren deutschen Rechte angeschlossen (I, 11 § 100).

§ 5.

4. Das allgemeine Handelsgesetzbuch.

Das allgemeine Handelsgesetzbuch von 1861 zog die Consequenzen der oben geschilderten Entwickelung der Bestimmungen in den älteren Rechten über den Eigenthumserwerb des Käufers an der gekauften Sache durch folgende Bestimmungen. Der redliche Erwerber wurde Eigenthümer der Waaren oder anderen beweglichen Sachen, die er von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe gekauft und übergeben bekommen hatte, auch wenn der Veräusserer

[6]) Dernburg, Pr. P. 2. Bd. § 141 S. 381.

[7]) A.L.R. I, 11 § 184; Dernburg, Pr. P. 2. Bd. § 141 S. 380, 381; Gruchot, Bd. VII S. 222.

[8]) A.L.R. I, 11 § 136; R.G. bei Gruchot, Bd. XXVIII S. 904 n. 42, R.O.H.G. Bd. XVI S. 22.

nicht Eigenthümer derselben gewesen war[1]) (Art. 306[1], 1). Das Eigenthum des früheren Eigenthümers erlosch an der gekauften Sache (Art. 306[1], 2). Das Gleiche war der Fall bezüglich der Pfandrechte oder sonstigen dinglichen Rechte an der gekauften Sache, sofern sie dem Erwerber bei dem Kaufabschlusse unbekannt gewesen waren (Art. 306[1], 3). Gegenüber dem redlichen Pfandnehmer und dem Rechtsnachfolger desselben konnte ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den ihm von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe verpfändeten und übergebenen Waaren und anderen beweglichen Sachen nicht geltend gemacht werden[1]) (Art. 306[2]). Nur auf gestohlene oder verloren gegangene Gegenstände fanden diese Bestimmungen keine Anwendung[2]) (Art. 306[4]). Hiervon bildeten die Inhaberpapiere eine Ausnahme, auf diese fanden die erwähnten Bestimmungen sowohl Anwendung, wenn sie gestohlen oder verloren gegangen waren, als auch, wenn ihre Veräusserung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe geschehen war[3]) (Art. 307).

Im Anschluss an den code civil, der den Satz aufstellte, dass alle zweiseitigen Verträge als stillschweigend unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen gelten, dass einer von beiden Theilen seinem Versprechen nicht Genüge leistet (C. c. Art. 1184), schuf das allg. H.G.B. weitere Sicherungen des Handelsstandes, dessen Interessen den Hauptverkäufern namentlich den Rohproducenten gegenüber in dem modernen Erwerbsleben viel mächtiger hervortraten, als in Rom, weil dort der Grossgrundbesitz den Handel beherrschte, nicht aber ihm als besonderer Wirthschaftszweig gegenüberstand. Es gewährte dem Käufer gegenüber dem Verkäufer, der mit der Uebergabe im Verzuge war, das Recht, vom Kaufvertrage zurückzutreten oder vom Verkäufer Schadensersatz

[1]) Cosack, H. S. 149 § 28 I, 1a.
[2]) Cosack, H. S. 149 § 28, 5 I, 1b.
[3]) Cosack, H. S. 151 § 28 II, 1.

wegen Nichterfüllung zu fordern[4]) (Art. 355). Beide Rechte konnte der Käufer aber erst dann geltend machen, wenn er dem Verkäufer seine dahingehende Absicht mitgetheilt und ihm, wenn die Natur des Geschäftes dies zuliess, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten vergebens gewährt hatte[5]) (Art. 356).

Als das Ergebniss der hier geschilderten Entwickelung stellt sich uns nun die Haftung des Verkäufers nach B G.B. dar. Was von dem römischen Rechte noch für unsere heutigen Verhältnisse geeignet erschien, ist in das B.G.B. aufgenommen worden; so finden wir in demselben z. B. die römische Eviktionshaftung mit nur geringen Erweiterungen durch das preussische Recht wieder. Gleichzeitig sind aber auch Sätze des älteren deutschen Rechtes in der Umgestaltung, die sie durch das preussische Landrecht mit seinen Ergänzungen und durch das allg. H.G.B. gefunden haben, wie die Neuerungen, die diese Gesetze selbst gezeitigt haben, im B.G.B. aufgenommen worden. Bevor wir aber an die Behandlung des eigentlichen Themas der vorliegenden Arbeit gehen können, müssen, wie bereits gesagt wurde, wir die primären Verpflichtungen des Verkäufers einer kurzen Betrachtung unterziehen.

III. Uebersicht über die primären Verpflichtungen des Verkäufers.

§ 6.

a) Im Allgemeinen.

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist es nicht unbedingtes Erforderniss für den Erwerb des Eigenthumes an der gekauften Sache oder des gekauften Rechtes durch den Käufer, dass der Verkäufer Eigenthümer der verkauften Sache oder berechtigter Inhaber des verkauften Rechtes

[4]) Cosack, H. S. 201 § 41 I, 2.
[5]) Cosack, H. S. 202 § 41 I, 2b.

war. Vielmehr erlangt der Käufer einer beweglichen Sache das Eigenthum an derselben nach Massgabe der §§ 929—935 immer, wenn er im Augenblicke des unmittelbaren Besitzerwerbes bez. der Abtretung im Falle des § 934 vom Verkäufer nicht im bösen Glauben hinsichtlich des Eigenthums des Verkäufers war, sofern der wahre Eigenthümer nicht den Besitz der Sache unfreiwillig verloren hatte, und an Geld, Inhaberpapieren und in öffentlicher Versteigerung gekauften Sachen auch in letzterem Falle. Ebenso steht es bezüglich des Kaufes eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache vom Nichteigenthümer derselben (§ 1207). Der Käufer eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem solchen, erwirbt das Eigenthum an demselben oder das gekaufte Recht durch die Eintragung desselben für ihn im Grundbuche, auch wenn es dem Verkäufer nicht zustand, unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer als Eigenthümer des Grundstückes oder Inhaber des Rechtes eingetragen war und weder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eingetragen war, noch dem Käufer die Unrichtigkeit des Grundbuches bekannt war (§§ 873, 892). Das bürgerliche Gesetzbuch erleichtert aber nicht nur dem gutgläubigen Käufer den Erwerb des Kaufgegenstandes, sondern es ermöglicht ihm auch, indem es die Tendenzen des preussischen Rechtes weiter verfolgt, in den meisten Fällen den ruhigen Besitz des Kaufobjectes. Ist dieses eine bewegliche Sache, so erlöschen an derselben bestehende Rechte Dritter nach Massgabe des § 936 mit dem Erwerbe des Eigenthums durch den Käufer, wenn dieser hinsichtlich ihrer in jenem Zeitpunkte nicht in bösem Glauben war. An verkauften Grundstücken oder Rechten an solchen bestehende Rechte Dritter, zu deren Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung im Grundbuche erforderlich ist, verlieren, wenn sie im Grundbuche nicht eingetragen oder gelöscht sind, ihre Wirksamkeit gegen den Erwerber des Grundstückes oder des Rechtes an diesem, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuches nicht kannte und kein Widerspruch gegen die

Richtigkeit desselben eingetragen war (§ 892). An registrirten Schiffen bestehende Pfandrechte verlieren, wenn sie im Schiffsregister nicht eingetragen oder daselbst gelöscht sind, ihre Wirksamkeit gegenüber dem Käufer des Schiffes mit dem Zeitpunkte des Eigenthumserwerbes des Schiffes durch den Käufer, auch wenn dieser das Eigenthum des Schiffes ohne Uebergabe desselben erlangt hat, sofern gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters kein Widerspruch eingetragen war (§§ 1262, 1263).

Im Einklange mit diesen Bestimmungen, die dem gutgläubigen Käufer den Erwerb und den ruhigen Genuss des Kaufobjectes ermöglichen sollen, stehen die primären Verpflichtungen, welche das bürgerliche Gesetzbuch dem Verkäufer auferlegt. Die Hauptverpflichtung des Verkäufers ist sowohl bei verkauften Sachen wie bei verkauften Rechten, dem Käufer das Kaufobject nicht nur thatsächlich, sondern auch rechtlich zu verschaffen.[1])

Die Verpflichtung des Verkäufers einer Sache geht dahin, dem Käufer das Eigenthum an der Sache zu verschaffen, des Verkäufers eines Rechtes dahin, dem Käufer das Recht zu verschaffen (§ 433[1]). Der Verkäufer einer beweglichen Sache ist also verpflichtet, eine der zur Uebertragung des Eigenthumes an einer solchen erforderlichen Handlungen vorzunehmen (§§ 929—931). Das Gleiche gilt für den Verkäufer eines Grundstückes, eines Rechtes an einem solchen oder eines Pfandrechtes an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe bezüglich der Vornahme der zur Uebertragung des Eigenthumes oder des Rechtes erforderlichen Handlungen, oder der Theilnahme an diesen Handlungen, sofern diese genügt (§§ 873, 925, 1259, 1260 B.G.B., §§ 40, 41 G.B.O.).

Eine weitere Verpflichtung des Verkäufers ist die »dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können« (§ 434). Diese Verpflichtung

[1]) Weyl, S. 395.

des Verkäufers bezieht sich nicht nur auf dingliche Rechte an dem Kaufgegenstande, wie Hypotheken-Grundschulden, Rentenschulden, Grunddienstbarkeiten, Niessbrauchsrechte, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, Rechte auf jährliche Rente wegen Nothweges oder Ueberbaues und Reallasten, sondern auch auf persönliche Rechte Dritter, die gegen den Nachfolger des Verpflichteten geltend gemacht werden können, wie auf Mieth- und Pachtrechte an Grundstücken.[2]) Dasselbe gilt natürlich auch für Schiffe und andere bewegliche Sachen, soweit an diesen überhaupt ausser Pfand- und Niessbrauchsrechten noch andere Rechte Dritter, die gegen den Nachfolger des zunächst Belasteten gehen, möglich sind.

§ 434 spricht nur von der Freiheit des verkauften Gegenstandes von Rechten Dritter, damit würden also Rechte des Käufers oder des Verkäufers nicht in Betracht kommen. Wenn also der Verkäufer vor dem Erwerbe des nunmehr verkauften Grundstückes einen Niessbrauch an demselben besass, der durch seinen Erwerb des Grundstückes nicht durch Vereinigung erlosch (§ 889), so wird er nach dem Wortlaute des § 434 nicht verpflichtet, diesen bei dem nunmehr erfolgten Verkaufe des Grundstückes löschen zu lassen. Wenn aber diese Verpflichtung auch nicht aus dem Wortlaute der Gesetzesbestimmungen zu entnehmen ist, so wird man doch, da offenbar an diesen Fall bei der Fassung des § 434 nicht gedacht worden ist, in Hinblick auf den Grund des Gesetzes, und mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242), sie dem Verkäufer auferlegen müssen. Anders liegt der Fall, wenn der Käufer vor dem Kaufe des Grundstücks ein dingliches Recht besass, das nach § 889 durch den Erwerb des Grundstücks nicht erlischt. In diesem Falle wird man dem Verkäufer eine Verpflichtung zur Beseitigung dieses Rechtes nicht auferlegen können, denn der Käufer will hier durch den Kauf nicht das aufgeben, was er an der Sache an

[2]) Fischer-Henle, § 434 N. 3.

Befugnissen hat, sondern nur das dazu erwerben, was ihm noch fehlt.

Die Verpflichtung, dem Käufer den gekauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, wird in den meisten Fällen der Verkäufer nur durch Beseitigung dieser Rechte erfüllen können. Jedoch giebt es auch Fälle, in denen der Verkäufer dieses nicht zu thun nöthig hat, wenn nämlich das Recht eines Dritten an dem Kaufgegenstand noch besteht, aber nicht mehr geltend gemacht werden kann, weil es verjährt ist. So z. B. wenn der Berechtigte rückständige Hypothekenzinsen oder Realleistungen vier Jahre lang, ein rechtskräftig festgestelltes, aber im Grundbuche nicht eingetragenes Recht auf eine jährliche Rente wegen eines Ueberbaues oder Nothweges dreissig Jahre lang nicht geltend gemacht hat. Auch im Grundbuche oder Schiffsregister eingetragene Rechte an dem Kaufobjecte, die wegen Irrthumes oder Zwanges angefochten und daher nichtig sind, würde der Verkäufer nach § 434 nicht beseitigen müssen, da sie nicht mehr bestehen. Jedoch erwächst ihm diese Verpflichtung aus § 435, welcher verlangt, dass er Rechte an dem verkauften Grundstücke oder Schiffe oder dem verkauften Rechte an einem Grundstücke oder Schiffe, die im Grundbuche oder Schiffsregister eingetragen sind, aber nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung bringt, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Nach § 436 haftet als der Verkäufer eines Grundstückes nur für die Freiheit desselben von Privatrechten Dritter, nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Der einschränkende Relativsatz, »welche ...« bezieht sich, wie aus der Entstehungsgeschichte des § 436 und den Motiven[3]) hervorgeht, nicht auf das Wort »Abgaben«, sondern nur auf »andere öffentliche Lasten«. Der Verkäufer haftet also niemals für die Freiheit des ver-

[3]) Motive S. 215.

kauften Grundstücks von öffentlichen Abgaben, auch für den Fall, dass sie zur Eintragung in das Grundbuch geeignet wären. »Welche Abgaben und Lasten im Sinne dieser Vorschrift öffentliche sind und welche öffentliche Lasten sich zur Eintragung in das Grundbuch nicht eignen, bestimmt sich nach dem für das Grundstück massgebenden Landesrecht«[4]) (vergl. für Preussen zu § 10 Z. 3 Zw.V.G., pr. Ausf.G. zum Zw.V.G. Art. 1 und 2 und pr. Ausf.G. zur G.B.O. Art. 11). Da die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des B.G.B. auch für das Erbbaurecht gelten (§ 1017), so haftet der Verkäufer eines Erbbaurechtes ebenfalls nicht für die Freiheit desselben von derartigen Lasten. Für Rückstände derartiger Lasten haftet der Verkäufer des Grundstückes oder Erbbaurechtes.[5]) Dies folgt als argumentum a contrario aus § 446 »der Käufer trägt von der Uebergabe der verkauften Sache an die Lasten derselben«.

Dagegen liegt bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes (§ 436) kein Grund vor, eine Haftung des Verkäufers anzunehmen, wenn die auf dem Grundstücke lastenden öffentlichen Lasten der genannten Art ausserordentliche Lasten sind, welcher Ansicht Meisner[6]) ist. Denn der Grund, welcher dafür massgebend war, dass man dem Verkäufer eine Haftung wegen derartiger Lasten erliess, war, dass die Kenntniss derartiger Lasten bei dem Erwerber in der Regel vorauszusetzen, oder es seine Sache ist, sich nach ihnen zu erkundigen.[7]) Dieser Grund trifft aber sowohl bei gewöhnlichen wie ausserordentlichen Lasten zu. Die hier vertretene Ansicht war auch die des pr. Obertribunals für das preussische Landrecht, das den früheren Standpunkt,[8]) den es bezüglich der analogen Bestimmung des

[4]) Planck, § 436.
[5]) Fischer-Henle, § 436 N.
[6]) Meisner, § 436 N. 2.
[7]) Motive S. 215.
[8]) O.Tr. Bd. 57 N. 4.

A.L.R. I, 11 § 175 eingenommen hatte,[9]) späterhin aufgab. Die Ansicht Meisners theilt Oertmann[10]) wenigstens für den Fall, wo das Verschweigen der ausserordentlichen Lasten seitens des Verkäufers einen Verstoss gegen Treu und Glauben bedeuten würde (§§ 157, 242 B.G.B.) aber, wie ich glaube, mit Unrecht. Wenn § 436 dem Verkäufer keine Haftung wegen öffentlicher Lasten auferlegt, so handelt auch der Verkäufer nicht wider Treu und Glauben, wenn er dem Käufer öffentliche Lasten, mögen es auch ausserordentliche sein, verschweigt. Es gilt auch hier zu Ungunsten des Käufers der Satz: Ignorantia juris nocet. Denn es ist Sache des Käufers sich vor dem Erwerbe des Grundstückes über die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, die es belasten, zu erkundigen (Motive 2. Bd. S. 215). Anders liegt die Sache natürlich, wenn sich der Käufer nach dem Vorhandensein solcher Lasten beim Verkäufer erkundigt und dieser sie ihm verschwiegen hat, dann liegt ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor, weshalb der Verkäufer dann dem Käufer haften muss.

Dagegen tritt keine Befreiung des Verkäufers von Rechten an Grundstücken ein, wenn auf diesen Rechten öffentliche Abgaben und andere nicht buchungsfähige öffentliche Lasten haften. Zwar nehmen die Motive[7]) und Oertmann[11]) das Gegenteil an. Aber, wenn das Gesetz auch in diesen Fällen eine Befreiung des Verkäufers von seiner Haftung hätte herbeiführen sollen, so hätte in § 436, wie es in § 434 geschehen ist, gesagt werden müssen: »Der Verkäufer des verkauften Gegenstandes . . .« nicht »der Verkäufer eines Grundstückes . . .«. Diese plötzliche Aenderung des Ausdrucks lässt vermuthen, dass die Verfasser des § 436 ihn als Ausnahmevorschrift angesehen wissen wollten und ihn dadurch der analogen Erweiterung entzogen haben. Für die gegnerische Ansicht liesse sich

[9]) O.Tr. Bd. 59 n. 6.
[10]) Oertmann, § 436 N. 2.
[11]) Oertmann, § 436 N. 4.

vielleicht sagen, dass eine öffentliche Belastung der Rechte an Grundstücken eine seltenere Erscheinung ist als die Belastung der Grundstücke selbst, die Erkundungspflicht erscheine daher bei ihnen minder angemessen, als bei diesen. Jedoch kann diese Erwägung gegenüber dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht ausschlaggebend sein. Ebensowenig tritt aus den erwähnten Gründen eine Befreiung des Verkäufers von Schiffen, anderen beweglichen Sachen oder Rechten an solchen wegen der auf diesen haftenden, im Sinne des § 436 öffentlichen Lasten oder Abgaben ein.

Neben der bisher behandelten Verpflichtung zur Beschaffung des vollen und unbeschränkten Rechts an dem Kaufgegenstande besteht für den Verkäufer einer Sache noch die weitere Verpflichtung, dem Käufer die gekaufte Sache und, falls ein Recht verkauft ist, das zum Besitze einer Sache berechtigt, diese Sache zu übergeben (§ 433[1], 1, 2). Die Uebergabe der Sache an den Käufer muss aber eine reale sein. Der Käufer kann verlangen, dass ihm der unmittelbare Besitz an der Sache vom Verkäufer verschafft wird. Er braucht sich also nicht die blosse Abtretung des Anspruches des Verkäufers der Sache auf Herausgabe derselben gegen den sie besitzenden Dritten gefallen zu lassen. Dieses Uebergabesurrogat ersetzt wohl die thatsächliche Uebergabe, so weit sie ein Erforderniss des Eigenthumserwerbes an beweglichen Sachen ist, aber nicht, soweit sie vom Verkäufer geschuldet wird (§ 433). Würde sich der Käufer mit der Verschaffung eines nur mittelbaren Besitzes an der gekauften beweglichen Sache begnügen müssen, so hätte die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache nicht erst im Gesetzestexte ausdrücklich hervorgehoben zu werden brauchen. Denn der Verkäufer kann seiner Verpflichtung, dem Käufer das Eigenthum an der verkauften Sache zu verschaffen, nur dadurch nachkommen, dass er dem Käufer den Besitz, der zu diesem Zwecke allerdings nur der mittelbare zu sein braucht, an der verkauften Sache verschafft. Deshalb sagen die

Motive: »Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Sache ist auch da, wo die Uebergabe nach der Natur des Kaufgegenstandes erforderlich ist, im Hinblicke auf die Wichtigkeit dieser Verpflichtung noch besonders hervorgehoben.[13]) Ferner kommt noch der Umstand hinzu, dass der nach § 931 abgetretene Anspruch (985) durch Einreden, insbesondere die des § 986 und Hindernisse entkräftet sein kann und trotzdem die Abtretung desselben dem Erwerber das Eigenthum an der Sache verschafft.[14]) Aber, auch wenn der Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache durch nichts entkräftet werden könnte, so braucht sich doch der Käufer nicht mit der Abtretung desselben zu begnügen. Denn es liegt die Gefahr vor, dass der unmittelbare Besitzer der Sache unberechtigte Einwendungen machen, oder die Sache dem Käufer nicht herausgeben werde, sodass der Käufer zur Erlangung des unmittelbaren Besitzes der Sache erst einen Process würde führen müssen. Für den Fall, dass der Anspruch auf Herausgabe durch Einreden entkräftet ist, würde die entgegengesetzte Ansicht sich sogar in Widerspruch mit § 434 setzen, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den gekauften Gegenstand frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, zu verschaffen. Allerdings ist der Anspruch hier nicht der eigentliche Verkaufsgegenstand, doch in dem angegebenen Punkte analog zu beurtheilen. Aus diesem Grunde wird man, wie gesagt, an der Verpflichtung des Verkäufers zur thatsächlichen Uebergabe der Sache festhalten müssen, wenn es sich um den Verkauf eines Grundstückes oder eines zum Besitze einer Sache berechtigenden Rechtes handelt.[15])

[13]) Motive S. 317.

[14]) Fischer-Henle, § 931 N. 3.

[15]) Bernhöft, S. 8.

§ 7.

b) Besonderheiten bei dem Verkaufe von Rechten.

Die bisher behandelten Verpflichtungen des Verkäufers entstehen alle in gleicher Weise sowohl bei dem Verkaufe einer Sache als auch bei dem eines Rechtes. Es ist also Voraussetzung für ihr Entstehen, dass ein giltiger Kaufvertrag abgeschlossen worden ist. Handelt es sich nun bei dem abgeschlossenen Kaufvertrage um eine nicht existirende Sache, so entsteht keine der oben aufgeführten Verpflichtungen, denn ein solcher Kaufvertrag ist als »ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag« nach § 306 »nichtig«. Die in einem solchen Falle für den Verkäufer entstehende Haftung ist keine aus dem Kaufvertrage und entzieht sich deshalb weiterer Untersuchung. Anders ist es beim Verkaufe von Rechten, zu denen natürlich auch Forderungen gerechnet werden. Mit Cosack[1]) ist anzunehmen, dass auch der Verkauf eines erst zu begründenden Rechtes, wie er es nennt »ein constitutiver Kauf«, nach den Bestimmungen der §§ 433—440 über den Kauf zu behandeln sein wird. Es ist dies eine Annahme, insoweit nicht nach dem Inhalt des Vertrages ein anderes Schuldverhältniss, wie Miethe und dergl., vorliegt, zu der auch die Bestimmung in § 449 berechtigt, »der Käufer eines Rechtes an einem Grundstücke hat die Kosten der zur Begründung des gekauften Rechtes nöthigen Eintragung zu tragen«. § 437 bestimmt nun, »der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes«.

Bei der ganz allgemeinen Fassung des Wortlautes dieses § 437 kann der Ansicht Cosacks[2]) nicht beigetreten werden, »dass die Gewährschaft des Verkäufers beim Kauf von Rechten wegfällt, wenn die Entstehung des verkauften Rechtes objectiv unmöglich ist, z. B. beim Verkaufe des Urheberrechtes an dem Baustile einer vom Verkäufer

[1]) Cosack, N. 121, 3b, S. 394.

[2]) Cosack, § 121, 2b, S. 393, ebenso Leonhard.

erbauten Villa oder beim Verkaufe des Niessbrauches an einem gar nicht existirenden Grundstücke«. Hierzu kommt noch, dass nach Planck[3]) »der Abschluss des Kaufvertrages über eine nicht existirende Forderung oder ein nicht existirendes Recht als ein Garantieversprechen des Verkäufers für den rechtlichen Bestand der verkauften Forderung oder des verkauften Rechtes nach § 437 aufzufassen ist, da ein derartiger Kaufvertrag an sich, also wenn § 437 nicht bestände, nichtig sein würde, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist«.[3a]) Die hier vertretene Ansicht kann auch als die herrschende angesehen werden.[4])

Nimmt man entgegen den Materialien[5]) an, dass ohne die Einfügung des § 437 der Kaufvertrag über ein nicht bestehendes Recht als »ein auf eine objectiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag« anzusehen und deshalb für nichtig zu erklären gewesen wäre, so muss man unbedingt sich der herrschenden Ansicht anschliessen. Aber, auch wenn man mit den Materialien[5]) annimmt, dass der Kaufvertrag über ein nicht bestehendes Recht auch ohne die Einfügung von § 437 für giltig zu erachten gewesen wäre, weil der Verkäufer nur subjectiv unvermögend zur Leistung ist und die Bestimmung in § 437 nur getroffen wäre, um der entgegengesetzten Meinung vorzubeugen, so wird man sich doch bei der allgemeinen Fassung des Wortlautes des § 437 der herrschenden Ansicht anschliessen dürfen. Es ist auch nicht recht einzusehen, warum es einen Unterschied machen soll, ob es nur das verkaufte Recht ist, das nicht besteht, oder ob der Gegenstand, demgegenüber oder an dem es angeblich besteht, oder die Person, um die es sich handelt, nicht existirt.

---

[3]) Planck, § 306 N. 2.

[3a]) Leonhard ist dagegen der Ansicht, dass ein Garantieversprechen, das sich auf einen unmöglichen Inhalt richtet, nichtig ist.

[4]) Schollmeyer, K., § 306 N. 4c; Neumann § 306 N. 5; Heilfron, S. 198 § 89a N. 2; Fischer-Henle, § 437 N. 2.

[5]) Motive S. 177; Denkschrift S. 88; Protokolle S. 669.

Liegt der Verkauf eines Werthpapieres vor, so haftet der Verkäufer auch dafür, dass es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437 [2]). Das kraftlose Werthpapier gleicht in juristischer Hinsicht einem nicht bestehenden Rechte, weil es wegen des mit ihm verbundenen Rechtes gekauft zu werden pflegt. Ist das Aufgebotsverfahren über das verkaufte Werthpapier noch nicht eingeleitet, aber bereits eine Zahlungssperre über dasselbe verhängt worden, so haftet der Verkäufer wegen einer solchen zwar nicht aus § 437 [2], wohl aber aus § 434. Denn die Zahlungssperre enthält ein gerichtliches Veräusserungsverbot zu Gunsten des Antragstellers derselben[6]), also ein Recht, das von einem Dritten gegen den Käufer des verkauften Gegenstandes geltend gemacht werden kann, und einem dinglichen Rechte an dem Gegenstande zwar nicht nach seiner juristischen Natur, wohl aber nach seiner praktischen Bedeutung gleicht.

§ 8.

c) Beschränkungen.

»Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt« (§ 439). Der Ausdruck »Mangel im Rechte« könnte zu der Annahme verleiten, dass der Verkäufer einen völligen Mangel des verkauften Rechtes oder den Mangel jeglichen Rechtes an der verkauften Sache stets, auch bei Kenntniss des Käufers, zu vertreten hätte und sich die angeführte Vorschrift nur auf einen Mangel im Rechte bezöge, dass also der Verkäufer irgend ein Recht an dem Kaufgegenstand haben müsse, um nicht dem Käufer auch dann zu haften, wenn dieser den Mangel kennt. Dem ist aber nicht so, vielmehr bezieht sich die Vorschrift auch auf die Fälle, dass dem Verkäufer die verkaufte Sache nicht gehört oder das verkaufte Recht nicht zusteht.[1]) Liegt also ein derartiger Mangel im

[6]) Denkschrift S. 88.

[1]) Protokolle S. 659; Enneccerus-Lehmann, S. 528 § 243 II 4; Planck, § 439 N. 1; Motive S. 215.

Rechte des Verkäufers vor, und kennt ihn der Käufer beim Abschlusse des Kaufes, so ist der Verkäufer weder verpflichtet, den Mangel in seinem Rechte zu beseitigen, noch haftet er dem Käufer, wenn er ihn nicht beseitigt. Die unter III a und b der vorliegenden Arbeit behandelten Verpflichtungen des Verkäufers fallen also sämmtlich weg, wenn der Käufer den Mangel im Rechte des Verkäufers kannte, als er den Kaufvertrag abschloss, mit Ausnahme der Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache oder der Sache, zu deren Besitz das verkaufte Recht berechtigt. Auf diesen Zeitpunkt kommt es allein an, erfährt der Käufer den Mangel im Rechte des Verkäufers erst nach Abschluss des Kaufes, so hat dieser Umstand keinen Einfluss mehr auf die Haftung des Verkäufers.[2]) Der Verkäufer muss dem Käufer seine Kenntniss von dem Mangel in diesem Zeitpunkte nachweisen können, um sich von der Haftung für den Mangel zu befreien. Der blosse Umstand, dass der Mangel für den Käufer aus dem Grundbuche ersichtlich war, befreit den Verkäufer nicht von seiner Haftung, denn »der Verkäufer ist« nach § 444 »verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse . . . . die nöthige Auskunft zu ertheilen«. Eine Pflicht des Käufers, das Grundbuch selbst einzusehen, ist also nicht vorausgesetzt. Aus dem gleichen Grunde darf man auch hier nicht der wirklichen Kenntniss die verschuldete Unkenntniss des Käufers gleichstellen wollen.[3]) Allerdings, wenn der Käufer dem Verkäufer die Verpflichtung aus § 444 erlassen oder die Erkundigungspflicht wegen eines Mangels im Rechte des Verkäufers selbst übernommen hat, so wird man hieraus meist schliessen können, dass er auf die Haftung des Verkäufers wegen eines Mangels in seinem Rechte gleichzeitig hat verzichten wollen, aber die Befreiung des Verkäufers folgt nicht aus § 439, sondern aus dem stillschweigenden Verzichte des Käufers.

[2]) Oertmann, § 439 N. 3.

[3]) Motive S. 215.

Aber nur wegen eines Mangels im Rechte des Verkäufers bleibt dieser bei Kenntniss des Käufers von Haftung frei, nicht jedoch bezüglich seiner Verpflichtung zur Uebergabe der verkauften Sache oder der Sache, zu deren Besitz das verkaufte Recht berechtigt, wenn der Käufer auch gewusst hat zur Zeit des Abschlusses des Kaufes, dass der Verkäufer nicht im Besitze der Sache war. Denn der Besitz ist kein solches Recht, wie es bei den Rechtsmängeln ins Auge gefasst wird, also ist der Mangel desselben Seitens des Verkäufers kein Mangel im Rechte des Verkäufers. Dieser Satz, den § 439 ausspricht, gilt aber nicht, wenn der Verkäufer durch den Abschluss des Kaufvertrages eine unbedingte Garantie für die Erfüllung übernehmen wollte oder der Kaufvertrag wider die guten Sitten verstösst, in welchem Falle er nichtig sein würde. Eine Auslegung des Vertrages im ersteren Sinne dürfte z. B. dann angebracht sein, wenn beide Contrahenten wissen, dass der Kaufgegenstand einem Dritten gehört und dieser zum Verkaufe desselben geneigt ist, während er in letzterem Sinne auszulegen sein wird, wenn beide Contrahenten wussten, dass der Dritte zur Veräusserung des ihm gehörigen Kaufgegenstandes nicht geneigt ist.

Besteht aber der Mangel im Rechte des Verkäufers in einer Belastung des Kaufgegenstandes mit Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden oder Pfandrechten, so hat der Verkäufer einen derartigen Mangel in seinem Rechte auch dann zu beseitigen, wenn ihn der Käufer kennt. Das Gleiche gilt von einer Vormerkung, die den Anspruch auf Bestellung eines dieser Rechte sichern soll (§ 439 [2]). Den Hypotheken und Grundschulden sind rückständige Zinsen derselben und den Rentenschulden rückständige Leistungen aus Rentenschulden gleichzustellen, da auch für solche der belastete Gegenstand haftet (§§ 1113 ff., 1192, 1209). Da die Vorschriften für die Zinsen einer Hypothekenforderung auf rückständige Realleistungen entsprechende

Anwendung finden (§ 1107), so haftet der Verkäufer auch für diese trotz Kenntniss des Käufers von ihnen.[4])

Alle bisher unter III behandelten Verpflichtungen des Verkäufers treffen den Verkäufer einer gepfändeten Sache, (C.P.O. § 806), wie den eines im Wege der Zwangsversteigerung veräusserten Grundstückes oder Schiffes nicht (§ 51 und 168 Zw.V.G.).

Hauptttheil.

Die Gestaltung der Haftung des Verkäufers.

1. Kapitel.

Im Allgemeinen.

§ 9.

Die Haftung des Verkäufers für Erfüllung seiner primären Verbindlichkeiten ist nicht in allen Fällen die gleiche. Sie wird vielmehr durch die besonderen Umstände beeinflusst, welche den Grund für die Nichterfüllung der primären Verbindlichkeiten des Verkäufers bilden. Solche besondere Umstände sind namentlich nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung (sei es wirkliche, sei es fictive), rechtskräftige Verurtheilung des Verkäufers zur Erfüllung des Kaufvertrages, Verzug und ursprüngliches wie nachträgliches Unvermögen des Verkäufers. Die Haftung des Verkäufers wegen ursprünglicher (objectiver) Unmöglichkeit seiner primären Verbindlichkeiten kommt hier nicht in Betracht, weil der in einem solchen Falle abgeschlossene Kaufvertrag nichtig ist. Ueber den Einfluss dieser Umstände auf die Haftung soll im zweiten Kapitel gesprochen werden. Hier werden zunächst die allgemeinen Grundsätze für die Haftung des Verkäufers betrachtet. Voraussetzung für ihren Eintritt ist nur der Umstand, dass der Verkäufer

[4]) Gruchot, Bd. XLI S. 302.

seine primären Verpflichtungen noch nicht erfüllt hat. Die primären Verpflichtungen des Verkäufers entstehen bei dem gewöhnlichen Kaufe, dem Baarkaufe, unmittelbar mit dem Abschlusse des Kaufvertrages. Der Käufer kann also sofort nach dem Abschlusse des Kaufvertrages die Verurtheilung des Verkäufers zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus demselben herbeiführen. Erhebt der Verkäufer, bevor er selbst seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, gegen den Käufer Klage auf Zahlung des Kaufpreises, so kann dieser die Zahlung des Kaufpreises verweigern und der Verkäufer kann dann nur die Verurtheilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises gegen Lieferung des lastenfreien Kaufobjects herbeiführen (§§ 320, 322). Stehen auf der Seite des Verkäufers mehrere Contrahenten, so kann der Käufer sogar, auch wenn mehrere Verkäufer ihre Leistungen bereits bewirkt haben, dennoch dem einzelnen Verkäufer den ihm gebührenden Theil des Kaufpreises verweigern, bis sämmtliche Verkäufer ihre Verbindlichkeiten erfüllt haben (§ 320[1], 2). Die Geltendmachung dieses Rechtes des Käufers können nicht einmal die nicht säumigen Verkäufer durch Sicherheitsleistung für die Bewirkung der Leistungen Seitens der säumigen Verkäufer abwenden (§ 320[1], 3). Eine Ausnahme von dem strengen Grundsatze des § 320 greift nur Platz, wenn der Verkäufer bereits theilweise geleistet und die Verweigerung des ganzen Kaufpreises nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnissmässiger Geringfügigkeit des noch rückständigen Theiles der Leistungen gegen Treu und Glauben verstossen würde (§ 320[2]).

Zunächst wird nun hier festgestellt werden müssen, was unter einer Theilleistung[1]) zu verstehen ist. Darüber ist man einig, dass eine theilweise geschehende Leistung eine quantitativ unvollständige Leistung ist. Dagegen ist es streitig, ob man unter einer solchen Leistung und damit unter einer theilweise geschehenden Erfüllung des

[1]) Der adjectivische Gebrauch von „theilweise", einem Adverb wird als undeutsch hier absichtlich vermieden.

abgeschlossenen Vertrages, im vorliegenden Falle des Kaufvertrages, auch eine qualitativ mangelhafte oder unvollständige Leistung oder Erfüllung des Kaufvertrages zu verstehen hat. Cosack[2]) und Bunsen[3]) nehmen an, dass dies nicht der Fall ist, sie halten eine qualitativ unvollständige Erfüllung für keine theilweise bewirkte Erfüllung des Vertrages. Jedoch, wie ich glaube, mit Unrecht, denn auch die Motive[4]) stellen eine quantitativ unvollständige und eine qualitativ mangelhafte Leistung einander gleich. Der Verkäufer, der dem Käufer die Sache übergiebt, zu deren Uebergabe er durch den Kaufvertrag verpflichtet ist, der dem Käufer aber nicht das Eigenthum oder das verkaufte Recht an der Sache verschafft, oder Rechte Dritter an der Sache, zu deren Beseitigung er verpflichtet ist, bestehen lässt, hat den Kaufvertrag theilweise erfüllt. Auch Planck[5]) scheint, wenigstens beim Kaufe einer Sache in dieser Leistung eine theilweise erfolgte Erfüllung des Kaufvertrages anzunehmen, da er die Rechtsverschaffung als einen Theil der dem Verkäufer obliegenden Leistung hinstellt, ebenso die Motive.[6]) Auch die Bemerkung der Motive[7]), dass die Uebergabe der Sache in Hinblick auf die Wichtigkeit dieser Verpflichtung in § 459 I. Entwurf, der dem § 433 B.G.B. entspricht, besonders hervorgehoben ist, spricht nicht gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Denn, indem das Gesetz diese Verpflichtung des Verkäufers hervorhob, machte es sie durch die Art und Weise ihrer Hervorhebung, wie sie sich in § 433 B.G.B. findet, zu einer selbständigen Verpflichtung des Verkäufers, mithin die Erfüllung derselben zu einem Theile der Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers aus dem Kaufvertrage.

---

[2]) Cosack, S. 301 und 302.
[3]) Bunsen, S. 206 § 65.
[4]) Motive S. 202, 203.
[5]) Planck, § 440, N. 4.
[6]) Motive S. 216.
[7]) Motive S. 317.

Dagegen scheint Planck[5]) keine theilweise erfolgte Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer anzunehmen, wenn dieser dem Käufer nur die Sache, zu deren Besitz das verkaufte Recht berechtigt, übergiebt, ohne ihm das verkaufte Recht zu verschaffen. Denn er sagt: »Die Rechtsverschaffung ist, abgesehen von den Fällen § 437[1], nur ein Theil der dem Verkäufer obliegenden Leistung.« § 437 führt aber nur eine Verpflichtung des Verkäufers von Rechten auf, bestimmt aber keine Ausnahme von der Verpflichtung des Verkäufers eines Rechtes, das zum Besitze einer Sache berechtigt, dem Käufer die Sache zu übergeben. Auch der Wortlaut von § 433, 2 und die oben S. 27 citirte Stelle der Motive[6]), spricht für die hier vertretene Ansicht. Nach dem bisher Erörterten kann es nunmehr auch keinem Zweifel unterliegen, dass der Verkäufer, welcher dem Käufer das verkaufte Recht oder das Eigenthum an der verkauften Sache verschafft, aber die Sache dem Käufer nicht übergeben oder Rechte Dritter an dem Kaufgegenstande nicht beseitigt hat, den Kaufvertrag theilweise erfüllt hat. Cosack[8]) nimmt dagegen in allen diesen Fällen vollständige Nichterfüllung des Kaufvertrages an. Und dabei erscheinen ihm die Folgen seiner eigenen Ansicht dann zu hart, wenn der Verkäufer nur Rechte Dritter an dem Kaufgegenstande nicht beseitigt hat. Ob es aber in solchen Fällen gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn der Käufer dem Verkäufer die Zahlung des ganzen Kaufpreises verweigern würde, dürfte auf die Verhältnisse ankommen. Der Käufer wird stets zur Verweigerung des ganzen Kaufpreises berechtigt sein, wenn ihm nur die Sache übergeben wird, ohne dass ihm das Eigenthum an derselben oder das gekaufte Recht an derselben oder, wenn ihm dieses verschafft, aber nicht die Sache übergeben wird. Sind jedoch nur an dem verschafften Kaufobject unbedeutende Rechte Dritter bestehen geblieben, so wird die Verweigerung des ganzen

[8]) Cosack, S. 301, 302, § 86, II, 1 c, d; S. 417, 420, § 125, III, IV.

Kaufpreises unter Umständen gegen Treu und Glauben verstossen können. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn mehrere Stellenbesitzer ihren Grundbesitz verkaufen und alle mit Ausnahme von einem, der ein an dem aufgelassenen und übergebenen Grundbesitze bestehendes und im Grundbuche eingetragenes Wegerecht dem Käufer nicht vor dem Abschlusse des Kaufvertrages angezeigt und dasselbe auch nicht hatte beseitigen können, ihren Verbindlichkeiten gegen den Käufer vollständig nachgekommen sind.

Aber, auch wenn der Käufer vorzuleisten hat, d. h. beim Pränumerationskaufe, kann doch wie beim gewöhnlichen Kaufe, dem Baarkaufe, unter Umständen der Fall eintreten, dass der Käufer gegenüber einer Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises dieselbe verweigern kann, solange der Verkäufer nicht seinerseits den Kaufvertrag erfüllt hat. Die besonderen Umstände bestehen darin, dass in den Vermögensverhältnissen des Verkäufers eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch des Käufers auf die Erfüllung des Kaufvertrages seitens des Verkäufers gefährdet wird (§ 321). Der Umstand, dass die Vermögensverhältnisse des Verkäufers schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages schlechte waren, schliesst die Anwendung von § 321 nicht aus, jedoch findet § 321 keine Anwendung, wenn sie damals bereits so schlecht gewesen sind, dass die weitere Verschlechterung derselben als keine wesentliche mehr angesehen werden kann, ebenso, wenn zwar eine wesentlichere Verschlechterung in ihnen eingetreten ist, aber die Vermögensverhältnisse des Verkäufers schon beim Abschlusse des Kaufvertrages so schlecht waren, dass damals der Anspruch des Käufers auf die Gegenleistung schon gefährdet war und es nicht erst durch Verschlechterung geworden ist. Stehen dagegen auf der Seite des Verkäufers mehrere Contrahenten, so wird § 321 sogar dann Anwendung finden müssen, wenn auch nur bei einem oder mehreren, aber nicht bei allen Contrahenten nach dem Abschlusse des Kaufvertrages eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, diese aber nicht so wesent-

lich ist, dass sie als eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesammtheit der Verkäufer anzusehen wäre, durch die der Anspruch des Käufers auf die Gegenleistung gefährdet würde. Es genügt nämlich für die Anwendbarkeit von § 321, dass durch sie der Anspruch des Käufers auch nur wegen eines Theiles der Gegenleistung gefährdet wird. Man wird dies analog der Bestimmung von § 320, 2 annehmen können, wonach der eine Contrahent den andern Gegencontrahenten den jedem einzelnen Gegencontrahenten gebührenden Theil der Leistung an ihn verweigern kann, bis die ganze Gegenleistung an ihn bewirkt ist. Denn der Grund, der für diese Bestimmung massgebend war, dass man den Gläubiger davor bewahren wollte, den Kaufpreis auch nur theilweise zahlen zu müssen, um damit einen Theil der theilbaren Gegenleistung, zu der sich die Gegencontrahenten zwar durch einen Vertrag, aber ausdrücklich nur antheilsweise verpflichtet hatten, zu decken, wird auch im vorliegenden Falle massgebend sein müssen. Anders wird der vorliegende Fall analog § 320[2] nur dann zu beurtheilen sein, wenn der Verkäufer, in dessen Vermögensverhältnissen eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch des Käufers auf den auf jenen Verkäufer entfallenden Theil der Gegenleistung gefährdet wird, nur einer unter den so vielen Verkäufern ist, deren Vermögensverhältnisse sich nicht verschlechtert haben, dass die Verweigerung des ganzen Kaufpreises nach den Umständen, insbesondere wegen der verhältnissmässigen Geringfügigkeit der Gegenleistung wider Treu und Glauben verstossen würde. Wenn also der Käufer z. B. von sämmtlichen etwa 100 Bauern eines Dorfes die ganze Weinernte, zu deren Lieferung natürlich jeder Verkäufer nur antheilsweise verpflichtet ist, gekauft und die Hälfte des Kaufpreises vor Beginn der Lese zu zahlen versprochen hat, so wird er nicht die Zahlung des halben Kaufpreises gänzlich verweigern dürfen, wenn bei einem Bauer eine Vermögensverschlechterung im Sinne des § 321 eingetreten ist, er wird dies vielmehr nur bezüglich des auf jenen

Bauer entfallenden Theil des halben Kaufpreises thun dürfen. Im Gegensatze zum gewöhnlichen Kaufe kann der Verkäufer aber beim Pränumerationskauf nach Eintritt der besonderen oben S. 29 behandelten Umstände des § 321 in allen Fällen, wenn er Sicherheit für die Erfüllung des Kaufvertrages von seiner Seite stellt, trotz der Einrede des Käufers die Verurtheilung desselben zur Zahlung des Kaufpreises nicht nur zur Erfüllung Zug um Zug herbeiführen (§ 321, § 320[1], 3).

2. Kapitel.

Unter Hinzutritt besonderer Umstände.

a) Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung.

§ 10.

α) Die von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit.

Unter den besonderen Umständen, deren Eintritt von Einfluss auf die Gestaltung der Haftung oder mit anderen Worten der secundären Verpflichtungen des Verkäufers ist, nimmt derjenige eine hervorragende Stelle ein, dass die Erfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers nach dem Abschlusse des Kaufvertrages unmöglich[1]) geworden ist.

Die secundären Verpflichtungen des Verkäufers sind nun verschieden, je nachdem der Umstand, infolge dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, vom Verkäufer, Käufer, oder von keinem von beiden zu vertreten ist. Dies geht klar aus der Verweisung von § 440 auf §§ 320 bis 327 hervor. Dagegen ist Schollmeyer[2]) bezüglich der Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigenthums an der Kaufsache anderer Meinung. Er sagt: »Aus der Verweisung von § 440 auf §§ 320 bis 327 folgt, dass die

[1]) Vom Unvermögen des Schuldners wird weiter unten §§ 14 und 15 gehandelt.

[2]) Schollmeyer, R. d. Sch. S. 10.

Rechte des Käufers verschiedene wären, je nachdem verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung vorläge; indessen wäre damit die Auffassung des Gesetzes schwerlich getroffen, welches den Verkäufer unbedingt verpflichtet, für Mängel im Recht einzustehen, einerlei ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Es erscheine deshalb gerechtfertigt, den Verkäufer, welcher Eigenthum nicht verschaffen kann, in gleicher Weise haften zu lassen, als ob er an der Unmöglichkeit der Erfüllung schuld wäre.« Ebenso nimmt Endemann[3]) an, dass »dem Verkäufer eine absolute Garantiepflicht wegen seiner Verpflichtung, dem Käufer das Eigenthum an der Kaufsache zu verschaffen auferlegt sei, die ohne Rücksicht auf ein Verschulden bestehe, dass der Verkäufer also jeden Umstand, der die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung dieser seiner Verpflichtung herbeiführt, zu vertreten habe«. Jedoch construirt er an anderer Stelle[4]) selbst das Beispiel, dass der Verkäufer den Untergang der von ihm verkauften Schiffsladung nicht zu vertreten habe, er scheint also selbst nicht eine absolute Garantiepflicht des Verkäufers anzunehmen. Bunsen[5]) glaubt sogar bezüglich aller primären Verpflichtungen des Verkäufers ganz allgemein, dass kein Unterschied zu machen sei »ob der Verkäufer die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen verschuldet habe oder nicht«. Es findet sich aber nirgends im B.G.B. eine Bestimmung, nach welcher dem Verkäufer eine unbedingte Haftung, eine absolute Garantiepflicht für die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage auferlegt worden wäre. Schollmeyer[2]) giebt das auch selbst zu, glaubt aber nach der Auffassung des Gesetzes zu der Annahme einer unbedingten Haftung des Verkäufers genöthigt zu sein, da es den Verkäufer unbedingt verpflichtet, für Mängel im Rechte einzustehen, einerlei, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Aber auch eine derartige Bestimmung

[3]) Endemann, S. 701 § 157[3]b.
[4]) Endemann, S. 555 § 127 II, 5.
[5]) Bunsen, S. 206 § 65.

findet sich nirgends im B.G.B. Man wird deshalb an der Ansicht festhalten müssen, dass für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers, mögen sie die Verschaffung des Eigenthums an der Kaufsache oder nicht zum Gegenstande haben, in gleicher Weise die secundären Verpflichtungen des Verkäufers davon abhängen, ob er die Unmöglichkeit der Erfüllung zu vertreten hat oder nicht. Dies geht ganz klar daraus hervor, dass unter den §§ 320 bis 327, auf welche § 440 verweist, von dem Falle der Unmöglichkeit §§ 323, 324 handeln, nicht nur § 325. Der Verkäufer wird durch den Abschluss des Kaufvertrages Schuldner der ihm nach diesem obliegenden Verpflichtungen, er hat also, solange er nicht im Verzuge ist, nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276). Tritt also die Unmöglichkeit infolge eines Umstandes ein, den der Verkäufer weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat, so braucht er die Unmöglichkeit auch nicht zu vertreten. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Entwicklung der Eviktionshaftung des Verkäufers im römischen wie im preussischen Rechte. Im römischen Rechte war sie ausgeschlossen, wenn das Recht, auf Grund dessen die tradirte Sache dem Käufer evincirt wurde, nicht schon zur Zeit der Uebergabe an ihn bestanden hatte (vergl. oben S. 4 N. 15). Ebenso war nach preussischem Rechte der Eviktionsanspruch gegen den Verkäufer nicht begründet, wenn die Entwehrung nicht aus einem dem Kaufe vorhergehenden Grunde geschehen war.[6]) Weder die Motive noch die Protokolle zum B.G.B. lassen erhellen, dass in dieser Hinsicht durch das B.G.B. die Haftung des Verkäufers verschärft worden ist. Vielmehr geht aus den Protokollen[7]) das Gegentheil hervor. Es war beantragt worden in den I. Entwurf des B.G.B. die Vorschrift einzustellen: »Der Verkäufer haftet für seinen Mangel im Rechte auch dann, wenn der Mangel erst nach dem Abschlusse des Verkaufes entstanden ist«. Dagegen war

[6]) Dernburg, Pr. P. S. 408 § 148 N. 3.

[7]) Protokolle S. 665—667.

geltend gemacht worden, »der Einfluss der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung für die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung bestimme sich nach den gleichen Vorschriften wie für die Verpflichtung zur Sachübergabe nämlich nach den §§ 237 ff., 368, 369«. »Danach komme es darauf an, ob die Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande beruhe oder nicht.« Die §§ 237 ff., 368, 369 I. Entw. stimmen inhaltlich mit den für uns massgebenden §§ 275 ff., 323 bis 326 B.G.B. überein. Aus den erwähnten Ausführungen und dem erwähnten Antrage geht hervor, dass die beabsichtigte verschärfte Haftung des Verkäufers nicht aus dem I. Entwurfe des B.G.B. entsprang und in demselben nicht bereits enthalten war. Da der erwähnte Antrag zurückgezogen, also nicht Gesetz geworden ist, so besteht auch eine verschärfte Haftung des Verkäufers nach B.G.B. nicht. Es liegt daher kein Grund vor, von der hier vertretenen Ansicht, die Stammler[8]) wie Oertmann[9]) theilen, abzugehen. Erfüllt also der Verkäufer die Verpflichtungen nicht, die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegen, also sowohl die Verpflichtung zur Haftung wegen eines Mangels im Rechte als auch die andern ihm obliegenden Verpflichtungen, deren Erfüllung nach dem Abschlusse des Kaufvertrages unmöglich geworden ist, während sie beim Abschlusse desselben möglich, und auch der Verkäufer dazu vermögend gewesen war, so ist die daraus für den Verkäufer entstehende Haftung verschieden, je nachdem, ob er oder der Käufer oder keiner von ihnen, den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, zu vertreten hat oder nicht.[10])

»Wird dem Verkäufer die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen infolge eines Umstandes, den weder er noch der Käufer zu vertreten hat, unmöglich, so verliert

[8]) Stammler, S. 119—121.

[9]) Oertmann, § 440 N. 2 c β.

[10]) Ueber die Verpflichtungen des Verkäufers wegen Nichterfüllung seiner primären Verpflichtungen infolge Unvermögens, das schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestand vergl. unten S. 55 ff.

er den Anspruch auf die Gegenleistung, bei theilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung des Käufers nach Massgabe der §§ 472, 473« (323[1]). Es mindert sich also die Gegenleistung in dem Verhältnisse, in welchem zur Zeit des Kaufabschlusses der Werth der ganzen Leistung zum Werthe der Theilleistung gestanden haben würde (§ 472[1]). Wird z. B. das verkaufte Grundstück vor der erfolgten Auflassung oder Uebergabe an den Käufer dem Verkäufer enteignet, so braucht der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen. Findet dagegen nur die Enteignung eines Theiles des für 120000 Mark verkauften Grundstückes im Werthe von 80000 Mark statt, sodass der Werth des Restgrundstücks nur 50000 Mark zur Zeit des Kaufabschlusses betragen haben würde, so hat der Käufer nur 75000 Mark als Kaufpreis zu zahlen. »Beim Verkaufe mehrerer Sachen um einen Gesammtpreis ist, auch wenn nur bei einer derselben theilweise Unmöglichkeit der Leistung eintritt, der Gesammtwerth aller Sachen bei der Herabsetzung des Kaufpreises zu Grunde zu legen« (§ 472[2]). Hat der Verkäufer ein Paar Jagdhunde und Gewehre im Werthe von 450 Mark für 510 Mark verkauft und ein Jagdhund ist ohne Verschulden des Verkäufers von einem Dritten beim unberechtigten Jagen benutzt und vom Staate eingezogen worden, sodass der Werth des einen Jagdhundes und der Gewehre nur 300 Mark betragen haben würde, so braucht der Käufer nur 340 Mark als Kaufpreis zu zahlen. »Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen im Falle des § 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufes in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt in dem in Geld festgesetzten Kaufpreise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer dem Käufer den überschiessenden Betrag zu vergüten« (§ 473). Hat der Verkäufer z. B. zwei Oelgemälde im Werthe von 5000 Mark für 3000 Mark und ein Oelgemälde im Werthe von 1000 Mark verkauft und ist das

eine der verkauften Oelgemälde ohne Verschulden des Verkäufers verbrannt, sodass der Werth des andern allein nur 2000 Mark zur Zeit des Kaufvertrages betragen haben würde, so hat der Käufer das versprochene Oelgemälde zu liefern und 600 Mark zu zahlen. Wenn wir aber den eben erörterten Fall unverändert lassen und nur an Stelle der Lieferung des Oelgemäldes seitens des Käufers die Ueberlassung seines Malerateliers an den Verkäufer während eines Jahres im Werthe von 2500 Mark setzen, so muss der Käufer, wenn das eine der beiden verkauften Oelgemälde ohne Verschulden des Verkäufers verbrennt, sodass der Werth des andern nur 2000 Mark zur Zeit des Kaufvertrages betragen haben würde, dem Verkäufer die Benutzung seines Malerateliers während eines Jahres gegen Lieferung des noch erhaltenen Oelgemäldes überlassen, erhält aber von diesem noch 300 Mark ausserdem. »Kann aber der noch möglich gebliebene Theil der Leistung auch nicht mehr als ein Theil der geschuldeten Leistung angesehen werden, so fällt der Kaufvertrag und demgemäss das Recht des Verkäufers auf die Gegenleistung selbstverständlich weg.«[11]) Wenn also beide verkaufte Oelgemälde ohne Verschulden des Verkäufers verbrannt sind, sodass nur noch der metallene Rahmen derselben erhalten geblieben ist, so verliert der Verkäufer den Anspruch auf die ganze Gegenleistung, braucht aber natürlich auch nicht die Rahmen dem Verkäufer zu liefern.

Erlangt der Verkäufer infolge des Umstandes, der ihm die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen unmöglich gemacht hat, einen Ersatz oder Ersatzanspruch für den von ihm verkauften Gegenstand, so ist er verpflichtet, auf Verlangen des Käufers, diesem den Ersatz herauszugeben bezw. den Ersatzanspruch abzutreten, dies folgt aus § 281 B.G.B. Unter den Ausdruck »Ersatz« fällt z. B. der durch den Untergang des verkauften Gegenstandes fällig gewordene Versicherungsbetrag für denselben, der Schadensersatz, den ein Dritter, der den Untergang des Gegen-

[11]) Motive S. 208.

standes verschuldet hat, dem Verkäufer zu leisten hat, die für das enteignete Grundstück erlangte Entschädigung u.a.m. Nicht gehört aber hierher die auf Grund eines Rechtsgeschäftes über den verkauften Gegenstand erlangte Gegenleistung, der durch einen anderweitigen Verkauf des schon verkauften Gegenstandes erlangte Kaufpreis oder der Anspruch auf denselben, wie Schollmeyer[12]) mit Dernburg[13]) und Oertmann[14]) annimmt. Das Wort »Ersatz« ist in den §§ 281, 323 ff. wie immer im B.G.B. im technischen Sinne gebraucht, in welchem es beinahe gleichbedeutend ist mit dem Ausdrucke »Schadensersatz«, so versteht auch B.G.B. unter »Ersatzpflichtiger« stets den »Schadensersatzpflichtigen«. Wenigstens bedeutet das Wort »Ersatz« im B.G.B. an keiner Stelle das, was man durch eine auf dieses Ziel gerichtete Handlung erlangt hat. Hätte das B.G.B. dem Käufer auch auf das vom Verkäufer durch ein Rechtsgeschäft über den verkauften Gegenstand für diesen Erlangte einen Anspruch gewähren wollen, so hätte es nicht das technische Wort »Ersatz« in §§ 281, 323 ff. gebraucht, sondern das farblose Wort »Was«, wie z. B. in § 1524. Hier wird ausdrücklich einander gegenübergestellt, was er durch ein Rechtsgeschäft oder auf Grund eines Rechtes und was er als Ersatz für Zerstörung, Entziehung oder Beschädigung eines Gegenstandes erwirbt. Bei der sorgfältigen Abfassung der Bestimmungen des B.G.B. ist aber nicht anzunehmen, dass in diesem das Wort »Ersatz« bald im engern, wie z. B. in § 1524, Sinne gebraucht wird, bald im weiteren Sinne, z. B. in §§ 281, 323 ff. ausgelegt werden dürfte.

Dazu kommt noch, dass nach § 281 der Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, erlangt sein muss. Der Ausdruck »unmöglich« bedeutet aber nach der Terminologie nur wirkliche Unmöglichkeit, nicht blosses persönliches Unvermögen.[15]) Die

[12]) Schollmeyer, Ko. § 323 N. 4.
[13]) Dernburg, B.G.B. R. d. Sch. S. 134 § 62 IV.
[14]) Oertmann, § 281 N. 2c.
[15]) Motive S. 176.

Leistung des vom Verkäufer zum zweiten Male verkauften Gegenstandes ist aber nicht wirklich unmöglich, vielmehr ist der Verkäufer nur unvermögend, ihn an den ursprünglichen, ersten, Käufer zu liefern. Auch § 275[2] ändert hieran nichts, das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners wird durch § 275[2] der nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit der Leistung nur bezüglich des Falles des § 275[1] gleichgestellt, aber keineswegs allgemein, dies geht aus der Stellung dieser Bestimmung als Absatz 2 des § 275 ganz klar hervor; hätte allgemein die nachträgliche Unmöglichkeit und das nachträgliche Unvermögen des Schuldners einander gleich gestellt werden sollen, so wäre das in der Weise geschehen, dass eine dem § 275[2] entsprechende Bestimmung als selbstständiger Paragraph des B.G.B. geschaffen worden wäre. Da dies aber nicht der Fall ist, so kann die Bestimmung des § 281 auf den Fall des nachträglichen Unvermögens des Verkäufers, der die verkaufte Sache inzwischen anderweitig noch einmal verkauft hat, keine Anwendung finden.

Verlangt der Käufer vom Verkäufer nach § 281 den erlangten Ersatz bezw. Ersatzanspruch, so tritt dieser an die Stelle des Kaufgegenstandes. Erreicht er oder übersteigt er den Werth desselben, so bleibt der Käufer zur vollen Gegenleistung verpflichtet, bleibt er hinter dem Werthe des Kaufgegenstandes zurück, so mindert sich die Gegenleistung in dem entsprechenden Verhältnisse nach Massgabe der §§ 472, 473, 323[2] also in der nämlichen Weise, wie oben S. 35 ff. dargestellt worden ist, nur mit dem Unterschiede, dass an Stelle des Werthes der Kaufsache der Werth des Ersatzes bezw. Ersatzanspruches tritt. Hierbei ist noch zu berücksichtigen, dass der Werth des Ersatzanspruches keineswegs immer gleich der Höhe des Ersatzanspruches sein wird, z.B. wenn der Ersatzpflichtige notorisch vermögenslos ist, oder über ihm ein Konkursverfahren schwebt.

Soweit der Käufer die nach § 323[1], [2], dem oben Gesagten, nicht geschuldete Gegenleistung an den Verkäufer

bewirkt hat, ist dieser zur Zurückgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (§ 323[3]). Bestand die Gegenleistung des Käufers in Geld oder Sachen, so ist der Verkäufer von seiner Verpflichtung frei, wenn er um das Geld, die Sachen oder den für diese erlangten Ersatz nicht mehr bereichert ist (§ 818[3]). Bestand dagegen die Gegenleistung des Käufers in Leistungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, z. B. in der Ertheilung von Unterricht, so wird der Verkäufer stets noch durch diesen bereichert erscheinen und verpflichtet sein, dem Käufer den Werth des ertheilten Unterrichts zu ersetzen, auch dann, wenn er das hierzu erforderliche Geld nicht besitzen sollte. Dagegen ist Schollmeyer[16]) nicht beizustimmen, wenn er sagt: »Die Condiction greift nicht Platz, wenn der Gläubiger der casuell untergegangenen Leistung«, in unserm Falle also der Käufer, »dem Schuldner«, also dem Verkäufer erklärt hatte, »er beanspruche den erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch«, denn wie oben S. 38 gesagt ist, kann der Werth des Ersatzanspruches hinter der Höhe desselben zurückbleiben, und ebenso kann der Gegenstand zu niedrig versichert gewesen, also auch der erlangte Ersatz den Werth der geschuldeten Leistung nicht erreichen. Wenn aber der Käufer in einem solchen Falle den Ersatz bezw. Ersatzanspruch verlangt, so bleibt ihm seine Condiction auf die bereits bewirkte aber nach §§ 323, 472, 473 nicht geschuldete Gegenleistung.

§ 11.

β) Die vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit.

Ist die Erfüllung der dem Verkäufer nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so behält der Verkäufer seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers (§ 324[1], 1). Nach § 433[2] ist

[16]) Schollmeyer, Ko. § 323 N. 5 a. E.

nun der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer die gekaufte Sache abzunehmen. In dieser Beziehung ist er also der Schuldner des Verkäufers, hat daher Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276). Wenn also dem Verkäufer die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen dadurch unmöglich wird, dass ihm der Käufer die gekaufte Sache nicht abnimmt, so behält der Verkäufer seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn der Käufer, der sich ausdrücklich die Uebergabe der gekauften Sache an ihn persönlich ausbedungen hät, sich vorsätzlich oder fahrlässig der persönlichen Abnahme der gekauften Sache dauernd entzieht, sodass die Uebergabe derselben an ihn nicht erfolgen kann. Ferner behält der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers, wenn ihm dieser die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch eine unerlaubte Handlung unmöglich gemacht hat, z. B. durch Vernichtung des Kaufgegenstandes, in solchen Fällen ist der Verkäufer auch noch berechtigt, vom Verkäufer nach § 823 Schadensersatz zu verlangen. Ebenso behält der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers, wenn ihm die Erfüllung seiner primären Verbindlichkeiten in Folge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich geworden ist, zu welcher der Käufer im Verzuge der Annahme war (§ 324[2]). Der Verkäufer kann also selbst dann vom Käufer die Gegenleistung verlangen, wenn in Folge seiner eigenen nur geringen Fahrlässigkeit, während der Käufer im Annahmeverzuge war, ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage unmöglich geworden ist. Denn nach § 300 hat der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Verkäufer muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart (§ 324[1], 2)[1]). Hierher gehören

[1]) § 324[1], 2 Hbs. 2 und 3 können nicht in Betracht kommen, da nach § 433 B.G.B. nur Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufvertrages sind, nie aber die Arbeitskraft eines Menschen.

z. B. die Unterhaltungskosten bis zum Zeitpunkt der Uebergabe der verkauften Sache, die für dieselbe zu zahlenden Steuern, die vom Verkäufer übernommenen Versendungskosten oder Versicherungsgebühren, die Kosten der Begründung und Uebertragung des verkauften Rechtes. Bestehen die Ersparnisse des Verkäufers nicht in Geld, so ist der Werth derselben in Geld zu veranschlagen und dann von der Gegenleistung des Käufers abzurechnen. Besteht diese zu einem so geringen Theile in Geld, dass das vom Verkäufer Ersparte diese Geldsumme übersteigt, also von derselben nicht abgerechnet werden kann, so wird man dem Käufer das Recht geben müssen, seine Gegenleistung, soweit sie nicht in Geld besteht, verweigern zu dürfen, bis ihm der Verkäufer das Ersparte erstattet hat.[2]) Denn die Verpflichtung des Käufers zur Gegenleistung, wie die des Verkäufers zur Leistung des Ersparten, entspringt aus einem gegenseitigen Vertrage und deshalb wird § 320[1] auf die Verpflichtung des Käufers Anwendung finden können. Zu einer Anwendung des § 473 auf diesen Fall, wie sie Plank[3]) will, liegt kein Grund vor, eine solche würde auch eine bei Weitem umständlichere Regelung der Verpflichtungen des Käufers wie des Verkäufers zur Folge haben.

Hat aber der Käufer die ganze Gegenleistung an den Verkäufer bewirkt, dessen Leistung unmöglich geworden ist, so ist dieser verpflichtet, dem Käufer das zu viel Erhaltene nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Denn er besitzt das zu viel Erhaltene unzweifelhaft ohne rechtlichen Grund. Bewirkte der Käufer die ganze Gegenleistung vor dem Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers, so ist der rechtliche Grund in Folge des Eintrittes der Unmöglichkeit später weggefallen (§ 812[1], 2), der für die Erlangung des dem Ersparten entsprechenden Theiles

[2]) Oertmann, § 324 N. 4.

[3]) Plank, § 324 N. 2 a. E.

der Gegenleistung des Käufers bestanden hatte, denn der Verkäufer braucht sich nach dem Eintritte der Unmöglichkeit nicht mehr die Unkosten zu machen, für die er durch einen Theil der Gegenleistung des Käufers entschädigt werden bezw. einen Theil der Gegenleistung erhalten sollte. Bewirkte aber der Käufer die ganze Gegenleistung nach dem Eintritte der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers, ohne diesem von der ganzen Gegenleistung das Ersparte abzurechnen, so erlangte der Verkäufer den seinem Ersparten entsprechenden Theil der Gegenleistung von vornherein ohne rechtlichen Grund, ist also zur Herausgabe desselben an den Käufer nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (§ 812 [1], 1). Besteht das vom Verkäufer Ersparte, wie die Gegenleistung des Käufers in Geld, so wird das vom Verkäufer Ersparte einfach gegen den entsprechenden Theil der Gegenleistung des Käufers aufzurechnen sein.

§ 12.

γ) Die vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit.

Die schwersten Verpflichtungen entstehen aber für den Verkäufer, wenn ihm die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Schon oben S. 32 ff. wurde gegen Schollmeyer nachgewiesen, dass der Verkäufer als Schuldner der ihm nach dem Kaufvertrage obliegenden Verpflichtungen, so lange er nicht im Verzuge ist, nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Hat aber der Verkäufer den Umstand, der ihm die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen unmöglich gemacht hat, vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt, so entsteht für ihn die Verpflichtung, dem Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu leisten oder ihm den Rücktritt vom Kaufvertrage zu gestatten (§ 325 [1]). Die nämlichen Verpflichtungen entstehen auch dann für den Verkäufer, wenn ihm die Erfüllung nicht völlig, sondern

nur theilweise unmöglich geworden, aber die Erfüllung des Kaufvertrages, die noch möglich wäre, für den Käufer kein Interesse hat (§ 325[1], 2). Die Frage, ob für den Käufer die unvollständige Erfüllung des Kaufvertrages ein Interesse habe oder nicht, ist nach den individuellen Verhältnissen des Käufers zu beurtheilen[1]), es kommt nicht darauf an, ob der Mangel des Interesses des Käufers an der unvollständigen Erfüllung des Vertrages ein objectiv berechtigter ist oder nicht; welcher Ansicht aber Stammler[2]) ist. Da es im Gesetze heisst, »wenn die theilweise Erfüllung des Vertrages für ihn«, den Gläubiger, »kein Interesse hat«, so geht daraus klar hervor, dass nur darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob im concreten Falle für den Käufer die theilweise Erfüllung des Kaufvertrages noch ein Interesse hat oder nicht, ungeachtet, dass sie von objectivem Standpunkte aus noch für den Käufer ein Interesse haben müsste, dass es also nur auf das vorhandene oder nicht vorhandene subjective Interesse des Käufers ankommt. Wenn also nach dem Abschlusse des Kaufvertrages über einen Schimmelhengst und eine Schimmelstute eines der Thiere in Folge Verschulden des Verkäufers untergegangen ist, so braucht der Käufer, der beide Pferde in der Absicht gekauft hatte, mit ihnen eine Schimmelzucht einzurichten, sich die theilweise Erfüllung des Kaufvertrages nicht gefallen zu lassen, ist vielmehr berechtigt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages vom Käufer zu verlangen, da die theilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. War der Verkäufer aber schon vor dem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage mit der Erfüllung derselben im Verzuge gewesen, so hat er, ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden seinerseits nach Eintritt des Verzuges vorliegt oder nicht, den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt, zu vertreten, er ist also dann

[1]) Plank, § 325 N. 3c, § 280 N. 5.

[2]) Stammler, S. 120.

verpflichtet, dem Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu leisten und ihm den Rücktritt vom Kaufvertrage zu gestatten (§§ 287, 325[1], 1). Eine Ausnahme ist nur für den Fall zu machen, dass dem Verkäufer der schwierige Nachweis gelingen sollte, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung an den Käufer eingetreten sein würde (§§ 287, 325[1], 1).

Die gleichen Verpflichtungen, welche für den Verkäufer entstehen, wenn er den Umstand, der die Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages herbeigeführt hat, zu vertreten hat, entstehen für den Verkäufer im Falle der nur fictiven[3]) Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages. Voraussetzung derselben ist, dass der Verkäufer nach seiner rechtskräftigen Verurtheilung zur Erfüllung des Kaufvertrages die angemessene Frist, die ihm vom Käufer mit der Erklärung, dass er nach Ablauf derselben die Annahme der geschuldeten Leistung ablehne, zur Bewirkung der Leistung bestimmt worden ist, hat unbenutzt verstreichen lassen[4]) (§§ 283, 325[2]).[5]) Hat der Verkäufer vor dem Ablaufe der Frist seine Verbindlichkeiten theilweise erfüllt, so kommt es, wie im Falle der thatsächlichen vom Verkäufer verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten darauf an, ob der Käufer an der theilweisen Erfüllung des Kaufvertrages ein Interesse hat oder nicht. Natürlich muss der Käufer, der wegen Nichterfüllung des ganzen Kaufvertrages vom Verkäufer Schadensersatz verlangt, diesem das durch die theilweise Leistung Erlangte nach den Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht zurückerstatten (§ 280). Jedoch kann der Käufer, anstatt diese Rechte geltend zu machen, auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen. Nur diese Rechte wird nach § 283[1] 3 der Käufer geltend machen können, wenn vor dem Ablaufe der bestimmten

[3]) Motive S. 53.

[4]) Ueber die Bestimmung der Frist vergl. unten S. 49 ff.

[5]) Nach § 255 C P.O. kann der Käufer die Bestimmung der Frist im Urtheile verlangen.

Präclusivfrist dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in Folge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist und der Käufer nicht etwa diesen Umstand vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat.[6]) Würde das letztere aber der Fall sein, so ständen dem Käufer nur die Rechte zu, von denen oben S. 39 die Rede war. Aber auch der Fall, dass dem Käufer nur die Rechte zustehen werden, von denen oben S. 34 ff. die Rede war, wird selten vorkommen. Denn in den meisten Fällen wird der Verkäufer bereits durch die Erhebung der Klage auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in Verzug gesetzt worden sein, sodass er sogar für Zufall haftet, vergl. oben S. 43. Die mildere Haftung des Verkäufers (§ 323 oder § 324) wird wohl nur dann eintreten können, wenn er in Folge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes vorübergehend zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zur Zeit seiner Verurtheilung ausser Stande war oder diese damals noch nicht fällig waren, aber die Klage auf diese zulässig war[7]) und nachher während des Laufes der Nachfrist durch Zufall oder Verschulden des Käufers die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers thatsächlich unmöglich geworden ist.

Vermag der Käufer aber den Nachweis nicht zu führen, dass er an der noch möglich gebliebenen oder bereits theilweise bewirkten Erfüllung des Kaufvertrages kein Interesse habe, so stehen ihm die angeführten Rechte, d. h. der Anspruch gegen den Verkäufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, das Recht zum Rücktritt vom Vertrage, sowie die dem Käufer für den Fall des § 325 zustehenden Rechte nur hinsichtlich des unmöglich gewordenen oder fingirt unmöglichen Theiles der Verbindlichkeiten des Verkäufers zu. »Ist aber die dem Verkäufer obliegende Leistung nach der übereinstimmenden Ansicht beider Theile oder der Sitte des Verkehrs als ein untrenn-

[6]) Plank, § 325 N. 4, § 283 N. 3.

[7]) C.P.O. § 259.

bares Ganzes zu behandeln«[8]), z. B. bei dem Verkaufe eines Gutes mit lebendem und todten Inventar oder eines Hauses, die Uebergabe und Auflassung desselben, »so kann der Käufer nicht bezüglich der abgebrannten Gebäude oder des abgebrannten Hauses vom Kaufvertrage zurücktreten, vielmehr kann er nur Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung vom Verkäufer verlangen oder die ihm für den Fall des § 324 zustehenden Rechte bezüglich der theilweise unmöglich gewordenen Erfüllung des Kaufvertrages geltend machen«.

Stammler[9]) und Schollmeyer[10]) nehmen an, dass dem Käufer im Falle der theilweise unmöglich gewordenen Leistung des Verkäufers nicht nur bezüglich des unmöglich gewordenen Theiles der ganzen Leistung des Verkäufers, also bereits ein theilweise wirksames Rücktrittsrecht gegenüber der ganzen vom Verkäufer geschuldeten Leistung zustehe, sondern dass der Käufer auch noch bezüglich des möglich gebliebenen Theiles der ganzen Leistung theilweise zurücktreten könne. Aber zu einer solchen Annahme liegt im Gesetze kein Grund vor. Weder erwähnt das Gesetz ein solches theilweises Rücktrittsrecht des Gläubigers, noch vermag ich die Nothwendigkeit oder auch nur Angemessenheit der Gewährung eines solchen Rechtes an den Käufer einzusehen. Vielmehr würde der Verkäufer durch die Annahme eines solchen Rechtes gegenüber dem Käufer in eine schlimme Lage kommen. Der Käufer würde dann einen ziemlich beträchtlichen Theil der noch möglich gebliebenen Leistung des Verkäufers verlangen und diesem nur noch einen so geringen Theil seiner möglich gebliebenen Leistung durch seinen theilweisen Rücktritt lassen können, dass für den Verkäufer dieser Theil der Leistung ohne Werth wäre und hiergegen würde der Verkäufer ohnmächtig sein. Höchstens könnte man dem Verkäufer vielleicht mit § 242 zu Hilfe kommen. Aber auch, wenn man

[8]) Schollmeyer, Ko. § 325 N. 7c.
[9]) Stammler, S. 131.
[10]) Schollmeyer, Ko. § 325 N. 7c.

nicht annehmen würde, dass durch die Gewährung eines theilweisen Rücktrittsrechtes leicht eine Ausbeutung des Verkäufers stattfinden könnte, so würde sich die Annahme eines solchen Rechtes nicht empfehlen, weil sie die Regelung der Verhältnisse der beiden Contrahenten unnütz erschweren würde. Deshalb ist daran festzuhalten, dass der Käufer nur bezüglich des thatsächlich oder fingirt unmöglich gewordenen Theiles der ganzen Leistung vom Kaufvertrage zurücktreten kann, auch wenn die zum Theile eingetretene Unmöglichkeit der ganzen Leistung die Ursache davon wäre, dass sich das Erfüllungsinteresse nur auf einen Theil dessen, was noch möglich geblieben ist, beschränkt. Wenn nach § 325 nur fingirt wird, dass die ganze Leistung theilweise unmöglich geworden sei, so ist auch nach der Ansicht von Schollmeyer[9]) und Stammler[10]) dem Käufer ein theilweises Rücktrittsrecht bezüglich des bereits bewirkten Theiles der Leistung nicht zu gewähren.

§ 13.

b) Erfüllungsverzug des Verkäufers.

Von gleicher Bedeutung für die secundären Verpflichtungen des Verkäufers, wie der Umstand, dass er rechtskräftig dazu verurtheilt ist, seine primären Verpflichtungen zu erfüllen, ist der Verzug des Verkäufers in der Erfüllung dieser Verpflichtungen. Jedoch tritt dadurch allein, dass sie nicht erfüllt worden, nur dann ein Verzug des Verkäufers ein, wenn für die Erfüllung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war und er zur bestimmten Zeit nicht erfüllt hat (§ 284[2]). Hat eine solche Zeitbestimmung nicht stattgefunden, so muss zu der blossen Nichterfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers noch, nachdem die Leistung fällig ist, eine Mahnung, eine Erhebung der Klage auf Leistung, oder eine Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren Seitens des Käufers hinzukommen, damit von einem Verzuge des Verkäufers die Rede sein kann (§ 284[1]). Aber, auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, so kommt der Verkäufer doch nicht in Verzug, so

lange die Leistung des Verkäufers in Folge eines von ihm weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführten Umstandes unterbleibt (§§ 285, 276). Ist der Verkäufer aber im Verzuge, so kann ihm der Käufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 326[1]). Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu leisten und der Käufer berechtigt, vom Kaufvertrage zurückzutreten (§ 326[1], 2). Zugleich erlischt aber mit dem Ablaufe der Frist das Recht des Käufers, vom Verkäufer noch thatsächliche Erfüllung des Kaufvertrages verlangen zu können (§ 326[1], 2). Erfüllt der Verkäufer bis zum Ablaufe der Nachfrist theilweise den Kaufvertrag nicht, so kommt es darauf an, ob der Käufer an der theilweisen Erfüllung des Kaufvertrages ein Interesse hat oder nicht, vergl. oben S. 43 ff. Vermag der Käufer den Mangel seines Interesses an der theilweisen Erfüllung des Kaufvertrages nachzuweisen, so ist er berechtigt, vom ganzen Kaufvertrage zurückzutreten oder vom Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Kaufvertrages zu verlangen. Natürlich muss der Käufer, wenn er diese letzteren Rechte geltend machen will, dem Verkäufer die bereits an ihn bewirkte Leistung, die einen Theil der ganzen geschuldeten Leistung bildet, nach den Vorschriften zurückerstatten, die über die Herausgabe einer empfangenen Leistung im Falle des Rücktrittes gelten (§ 280[2]). Vermag der Käufer aber nicht den Nachweis zu führen, dass er an der theilweisen Erfüllung des Kaufvertrages kein Interesse habe, so kann er nur hinsichtlich des nicht bewirkten Theiles der Leistung des Verkäufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.[1]) Ist während des Laufes der Nachfrist, als der Verkäufer seine primären Verpflichtungen bereits theil-

[1]) Schollmeyer, Ko. § 326 N. 5; Enneccerus-Lehmann, § 200, II, 2, S. 446.

weise erfüllt hatte, die übrige Erfüllung durch Verschulden des Käufers unmöglich geworden, so greift § 324[1] hinsichtlich des unmöglich gewordenen Theiles der ganzen Leistung Platz. Es kann also der Verkäufer die ganze Gegenleistung fordern und muss sich nur das Ersparte von derselben abrechnen lassen, vergl. oben S. 40 ff.

Dernburg[2]) ist der Ansicht, dass zur Entstehung dieser secundären Verpflichtungen des säumigen Verkäufers die förmliche Bestimmung einer Nachfrist durch den Käufer nicht erforderlich sei, dass es vielmehr genügt, »wenn der säumige Verkäufer nach dem Empfange der Erklärung des Käufers, die verspätete Leistung abzulehnen, eine zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen ausreichende Frist unbenützt verstreichen lässt«. Der gleichen Ansicht wie Dernburg ist auch Cosack.[3]) Für seine Ansicht beruft sich Dernburg auf R.O.H.G. Bd. VIII S. 127, IX S. 126, XII S. 62; Gruchot, Bd. 33 S. 1045, R.G. I S. 241, VII S. 79, die eine derartige Auslegung der Art. 354 ff. H.G.B. enthalten, aus denen § 326 B.G.B. entstammt. In Art. 356 H.G.B.: »Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage abgehen, so muss er dies dem andern Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren«, heisst es aber eine Frist »gewähren«, nicht wie im B.G.B. § 325 »bestimmen«. Deshalb kann die Auslegung von Art. 356 H.G.B. für uns nicht massgebend sein. Das Wort »bestimmen« bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauche eine positive Handlung, nicht ein passives Verhalten, eine Frist »bestimmen« bedeutet eine Frist »setzen«. Auch wenn man mit Dernburg annehmen wollte, dass die Redactoren des B.G.B. sich mit der bisherigen Rechtsprechung nicht in Wider-

[2]) Dernburg, B.G.B. R. d. Sch., S. 214, § 98 IV 1.

[3]) Cosack, S. 405, § 123 III 1c, 8.

spruch haben setzen wollen, so muss man doch sagen, dass sie es dennoch gethan haben, nämlich dadurch, dass sie das Wort »bestimmen« statt »gewähren« in den Wortlaut des § 326 einfügten. Dernburg und Cosack stehen auch mit ihrer Ansicht allein. Planck[4]) und Schollmeyer[5]) sagen, die Präclusivbestimmung sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung und Enneccerus-Lehmann[6]) scheint mit Fischer-Henle[7]) und Oertmann[8]) der gleichen Ansicht zu sein. Indem sie dies behaupten, sprechen sie sich gleichzeitig gegen die Ansicht Dernburgs aus, denn, wenn die Bestimmung der Präclusivfrist durch eine positive Erklärung erfolgen muss, so kann sie nicht dadurch wirksam erfolgen, dass sich der Käufer über die Nachfrist gar nicht erklärt und nur die verspätete Erfüllung des Kaufvertrages Seitens des Verkäufers ablehnt. Man wird deshalb daran festhalten müssen, dass eine derartige Erklärung des Käufers nicht genügt, sondern der Käufer nur dann Schadensersatz verlangen oder vom Kaufvertrage zurücktreten kann, wenn er dem säumigen Verkäufer eine angemessene Frist zur Bewirkung der Erfüllung des Kaufvertrages mit der Erklärung, dass er die Annahme der Erfüllung des Kaufvertrages nach dem Ablaufe der Frist ablehne, ausdrücklich bestimmt hat und die Frist fruchtlos verlaufen ist.[9]) Aber, auch nur, wenn der Käufer dies gethan hat, hat er mit dem Ablaufe der Frist den Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages verloren. Eine derartige Regelung dürfte auch allein zweckentsprechend sein. Der säumige Verkäufer soll durch die Erklärung des Käufers Aufklärung darüber erhalten, ob die verspätete Erfüllung dem Käufer noch erwünscht ist oder ob die Erfüllung des Vertrages in Folge des Verzuges für den Käufer kein Interesse

[4]) Planck, § 326 N. 2, § 250 N. 3.
[5]) Schollmeyer, § 326 N. 2b.
[6]) Enneccerus-Lehmann, S. 446, § 200 II 2, S. 373, § 162 II.
[7]) Fischer-Henle, § 250 N. 2.
[8]) Oertmann, § 283 N. 2b.
[9]) Staub, Suppl. Art. 356 N. 2.

mehr hat. Er würde sie aber nicht erhalten, wenn man die blosse Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages und das passive Warten Seitens des Käufers für ausreichend erachten würde. Der Verkäufer würde auf eine solche Erklärung des Käufers hin annehmen, dass er den Kaufvertrag, da die Erfüllung desselben in Folge des Verzuges für den Käufer kein Interesse mehr habe, nicht mehr erfüllen könne und dies auch in Folge dessen nicht thun. Es würde aber dann gerade der Zweck der Bestimmung über die Nachfrist im B.G.B., nämlich die nachträgliche Erfüllung des Kaufvertrages während der Nachfrist dem säumigen Verkäufer zu ermöglichen und dem Käufer zu verschaffen illusorisch gemacht werden. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch noch der Umstand, dass der Wortlaut des § 326 über das Bestimmen der Nachfrist mit dem des § 250, der folgendermassen lautet: »Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne . . .« bezüglich desselben Punktes fast wörtlich übereinstimmt. Bezüglich dieses § 250 ist man aber allgemein der Ansicht, dass eine ausdrückliche Bestimmung der Frist erforderlich sei, sogar Dernburg[10]) ist bezüglich dieses § 250 nicht anderer Ansicht.

Ist es aber nothwendig, damit die Bestimmung der Frist wirksam erfolge, dass der Käufer die Länge derselben genau normirt? Die Frage ist mit der herrschenden Ansicht[11]) im Einverständniss zu verneinen. Denn, auch wenn der Käufer die Dauer der Frist genau normirt hat, so wird doch der Richter, falls der Käufer nach Ablauf derselben auf Schadensersatz oder Herausgabe seiner Gegenleistung auf Grund eines Rücktritts gegen den Verkäufer klagt, untersuchen müssen, ob die Dauer der bestimmten

[10]) Dernburg, R. d. Sch., S. 78 § 33, 4.

[11]) Planck, § 326 N. 2, § 250 N. 2; Oertmann, § 326 N. 2, § 283 N. 2b, § 250 N. 3; Schollmeyer, Ko. § 326 N. 2a, § 250 N. 5; Enneccerus-Lehmann, S. 446 § 200 II, 2, S. 373 § 162 II.

Nachfrist angemessen war oder nicht. Der Verkäufer erhält aber durch eine solche Erklärung des Käufers auch wenigstens die Gewissheit, dass der Erklärende binnen einer angemessenen Frist die nachträgliche Erfüllung des Kaufvertrages noch annehmen werde, was bei der Annahme der im vorigen Abschnitte bekämpften Ansicht Dernburgs nicht einmal der Fall ist. Der säumige Verkäufer wird meist besser als der Käufer im Stande sein, zu entscheiden, welche Nachfrist eine dem Vertrage angemessene ist, anderenfalls wird es seine Sache sein, sich mit dem Käufer, der die Frist nur allgemein normirt hat, in Verbindung zu setzen, um mit ihm die Dauer der Frist genau festzusetzen. Auf diese Weise wird auch die Entscheidung der Frage, welchen Einfluss es hat, wenn der Käufer die Frist nicht angemessen normirt, in den Hintergrund treten können, da die allerdings von Cosack[12]) für unwirksam erklärte Aeusserung eines Käufers, der sich über die Dauer der Nachfrist unbestimmt äussert, nach der hier vertretenen Ansicht völlig ausreichend erscheint. Natürlich muss diese Aeusserung des Käufers den ausdrücklichen Zusatz enthalten, dass er nach Ablauf der Frist die Annahme der Erfüllung des Kaufvertrages ablehne, sonst ist seine Erklärung für ihn, für gegen ihn, wirkungslos. Bestimmt der Käufer die Nachfrist zu lang, so hat es dabei sein Bewenden, die bestimmte Frist gilt dann als angemessen, und bis zu ihrem Ablauf muss der Käufer die Erfüllung noch annehmen.[13]) Anders ist es, wenn die vom Käufer bestimmte Frist zu kurz bemessen ist. In diesem Falle ist die Erklärung des Käufers ebenso wirkungslos wie in dem Falle, da er, ohne dass er dazu berechtigt ist (§ 326[2]) erklärt, die Nachfrist ganz zu verweigern. Die Verhältnisse liegen dann so, wie wenn der Käufer gar keine Erklärung abgegeben hätte. Anderer Ansicht ist Cosack.[14]) Er meint, dass durch derartige Erklärungen der Lauf einer

[12]) Cosack, S. 405 § 128 III, 2c.

[13]) Cosack, S. 404 § 123 III, 1c, d.

[14]) Cosack, S. 405 § 123 III, 2c, β u. γ; Fischer-Henle, § 250 N. 1.

angemessenen Nachfrist in Gang gebracht werde. Aber weder spricht für eine solche Ansicht der Gesetzestext, noch würde mit ihr den Interessen des Käufers gedient sein. Denn aus der Erklärung des Käufers, die Nachfrist völlig zu verweigern, weiss der Verkäufer nicht, woran er ist, auch nicht, ob der Käufer, weil der Fall des § 326[2] vorliege, diese Erklärung abgiebt, sodass der Verkäufer nunmehr nicht mehr den Kaufvertrag nachträglich erfüllen wird und in Folge dessen der Zweck der Nachfrist des § 326 illusorisch gemacht werden würde. Bestimmt der Käufer aber die Nachfrist zu kurz, so kann dieser Erklärung aus folgendem Grunde nicht die Bedeutung beigemessen werden, die ihr Cosack[14]) zuschreiben will. Mit dem Ablaufe einer angemessenen Nachfrist erlangt der Käufer nicht nur den Anspruch auf Schadensersatz und das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage, sondern verliert auch den Anspruch auf reale Erfüllung des Kaufvertrages. Der Käufer wollte aber mit dem Ablaufe der von ihm bestimmten, allerdings zu kurz bemessenen Frist diese beiden Rechte erlangen und, um diese in jenem Zeitpunkte zu erlangen, hat er sich in die Gefahr begeben, schlimmsten Falles dann auch den Anspruch auf reale Erfüllung des Kaufvertrages zu verlieren. Erreicht er aber seine Absicht, diese Rechte in dem von ihm bestimmten Zeitpunkte zu erlangen, nicht, so kann man nicht von ihm verlangen, dass er sich darein findet, in einem beliebigen andern Zeitpunkte, das Recht auf reale Erfüllung des Kaufvertrages zu verlieren und dafür das Recht zum Rücktritte oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu erlangen. Es erscheint deshalb angemessen, dem Käufer mit dem Ablauf der von ihm zu kurz bemessenen Nachfrist wieder vor die Möglichkeit zu stellen, reale Erfüllung des Kaufvertrages zu verlangen oder durch Bestimmung einer neuen angemessenen Nachfrist für den Fall eines Ablaufes derselben das Recht auf reale Erfüllung des Kaufvertrages zu verlieren und dafür das Recht zum Rücktritt vom Vertrage oder den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben

zu erlangen.[15]) Dazu kommt noch, dass der Verkäufer sich sagen wird, diese Frist sei zu kurz für ihn, um innerhalb derselben den Kaufvertrag erfüllen zu können und deshalb auch keinen Versuch dazu machen wird.[16]) Hierdurch würde aber gerade der Zweck der Nachfrist, den Verkäufer noch zu der nachträglichen Erfüllung des Kaufvertrages innerhalb derselben zu veranlassen, verfehlt werden und auch dem Käufer würde man durch Festhalten an dieser Ansicht nur schaden, denn seine Absicht ist in erster Linie, reale Erfüllung des Kaufvertrages zu erlangen und nicht Schadensersatz oder das Recht zum Rücktritt von demselben.

Staudinger[17]) behauptet sogar, dass der Käufer mit dem Ablaufe der von ihm zu kurz bemessenen Nachfrist das Recht auf reale Erfüllung des Kaufvertrages verliere, aber verpflichtet sei, die Erfüllung des Verkäufers, die dieser ohne schuldhaftes Zögern von der Fristbestimmung an bewirkt habe, noch als rechtzeitig anzunehmen. Dies ist aber ganz inconsequent. Das Wort »rechtzeitig« bedeutet in § 326, wie stets im B.G.B., vor Ablauf der bestimmten angemessenen Frist.[15]) Die Befürchtung Staudingers,[17]) dass bei Annahme der hier vertretenen Ansicht, der Käufer nach dem Ablaufe der von ihm selbst bestimmten Frist, die Annahme eines Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages unter Berufung darauf, dass die Frist keine angemessene war und deshalb nicht als gesetzt zu gelten habe, verweigern dürfe, ist unbegründet, sie beruht auf einer Verkennung der Verteilung der Beweislast. Die Behauptung, dass die Nachfrist zu kurz bemessen sei, ist eine Einrede gegen den Klageanspruch des Käufers auf Rücktritt oder Schadensersatz, sie kann also nie vom Käufer, sondern immer nur vom Verkäufer geltend gemacht werden.

---

[15]) Planck, § 326 N. 2, § 250 N. 2; Schollmeyer, Ko. § 326 N. 2a, § 250 N. 5.

[16]) Enneccerus-Lehmann, S. 446 § 200 II, 2, S. 373 § 162 II, 1.

[17]) Staudinger, § 250 N. 4.

Wird die Erfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers während des Laufes der angemessenen Nachfrist in Folge eines Umstandes, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat, unmöglich, so erlangt der Käufer (analog § 283[1], 3) weder das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage, noch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, vielmehr bestimmen sich die Verpflichtungen des Verkäufers nach § 323 vergl. oben S. 34 und, wenn der Käufer die Unmöglichkeit herbeigeführt hat nach § 324 vergl. oben S. 39 ff. Doch werden solche Fälle sehr selten vorkommen, da der Verkäufer sogar für Zufall haftet, wenn er im Verzuge ist (§ 287). Dasselbe gilt natürlich erst recht, wenn die Unmöglichkeit während des Laufes der vom Käufer zu kurz bemessenen, also nach der hier vertretenen Ansicht unwirksam bestimmten Frist, eintritt, oder die Frist zwar angemessen bestimmt worden ist, aber diese Bestimmung der Frist unwirksam ist, weil der Käufer nicht die Erklärung hinzugefügt hatte, dass er die Annahme der Erfüllung des Kaufvertrages nach dem Ablaufe der Frist ablehne.

Hat die Erfüllung des Kaufvertrages in Folge des Verzuges des Verkäufers für den Käufer kein Interesse, was dieser natürlich beweisen muss, so entsteht, auch ohne Bestimmung einer Nachfrist für den Käufer das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben (§ 326[2]).

c) Erfüllungsunvermögen des Verkäufers.

§ 14.

α) Ursprüngliches Unvermögen.

Es bleibt uns noch übrig, zu untersuchen, welche secundären Verpflichtungen für den Verkäufer entstehen, wenn er seinen primären Verpflichtungen nicht nachkommt, weil er unvermögend zur Erfüllung derselben ist, ohne dass dadurch eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird. (Wegen der Abgrenzung vgl. Kleineidam

S. 3—18.) Die meisten Fälle, in welchen dem Käufer das Kaufobject vollständig oder theilweise evincirt wird, beruhen eben darauf, dass der Verkäufer zur Erfüllung seiner sämmtlichen Verbindlichkeiten nach den §§ 433 bis 437, 439 völlig oder theilweise unvermögend war. Zunächst wollen wir die Fälle des anfänglichen Unvermögens, d. h. des Unvermögens des Verkäufers, das schon bei dem Abschlusse des Kaufvertrages bestand, betrachten. Aus keinem der §§ 320 bis 327, auf die § 440 verweist, ergiebt sich unmittelbar etwas für den uns vorliegenden Fall. Auch sonst findet sich im B.G.B. keine Bestimmung über den Fall des anfänglichen Unvermögens des Schuldners. »Das Unvermögen des Verkäufers zur Erfüllung des Kaufvertrages und die Unmöglichkeit, denselben zu erfüllen, ist aber begrifflich durchaus etwas Verschiedenes. Im Falle des Unvermögens des Verkäufers ist die Erfüllung des Kaufvertrages möglich und durch einen Dritten nach Massgabe von § 267 auch zulässig. Das Unvermögen des Verkäufers hindert an sich die vertragsmässige Erfüllung des Kaufvertrages gar nicht, da jeder Dritte denselben erfüllen kann, ohne dass die Identität der Leistung berührt wird. Der innere Grund der Richtigkeit des auf die unmögliche Leistung gerichteten Kaufvertrages trifft also hier bei der nicht von dem Unvermögen des Verkäufers betroffenen Leistung nicht zu.« Kleineidam, S. 46, 4—18. Eine analoge Anwendung von § 306 auf diesen Fall wäre deshalb nicht am Platze. Deshalb muss man die Ansicht einiger Autoren,[1]) dass ein Kaufvertrag, zu dessen Erfüllung der Verkäufer beim Abschlusse desselben unvermögend sei, nichtig sei und dass der Verkäufer auf das volle Erfüllungsinteresse hafte, entgegentreten. Diese Lösung der Frage ist allerdings sehr einfach, aber sie findet an keiner Bestimmung des B.G.B. irgend welchen Anhalt. Dernburg[1]) muss selbst zugeben, dass § 306 sich nur auf den Fall

[1]) Stammler, S. 107; Endemann, S. 552 ff., § 127 I, 3; Dernburg, R. d. Sch., S. 131 § 61 II; Fischer-Henle, § 306 N. 1 giebt sie auf in der 4. Auflage.

der anfänglichen wirklichen Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages Seitens des Verkäufers bezieht, also auf den Fall, dass der Verkäufer nur unvermögend ist, den Kaufvertrag zu erfüllen, keine Anwendung finden kann, wie auch aus den Motiven[2]) ganz klar hervorgeht. Man wird also aus dem Mangel einer Vorschrift des B.G.B. über das anfängliche Unvermögen des Schuldners den Schluss ziehen müssen, dass es ohne Einfluss auf das Bestehen des abgeschlossenen Vertrages ist, mithin der Kaufvertrag trotz des anfänglichen Unvermögen des Verkäufers, denselben zu erfüllen, giltig ist. Deshalb kann der Käufer den Verkäufer, der zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage völlig oder theilweise unvermögend ist, weil die verkaufte Sache ihrem Eigenthümer gestohlen oder mit Lasten, die im Grundbuche eingetragen sind, behaftet ist, zur lastenfreien Uebereignung der Kaufsache an ihn verurtheilen lassen. Nach dem Eintritte der Verurtheilung des Verkäufers kann ihm dann der Käufer eine angemessene Nachfrist bestimmen[3]) und nach dem fruchtlosen Ablaufe derselben vom Kaufvertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben vom Verkäufer verlangen (§§ 283, 325[2]). Auch wenn der Verkäufer bereits den Kaufvertrag in der Weise theilweise erfüllt hat, dass er dem Käufer die gestohlene bewegliche Sache zum Zwecke der Uebereignung oder das verkaufte Grundstück, dessen Eigenthümer er nicht war, und als dessen Eigenthümer er auch im Grundbuche nicht eingetragen war, übergeben hat, so wird der Käufer doch die gleichen Rechte bezüglich des ganzen Kaufvertrages ausüben können, da er an der theilweisen Erfüllung des Kaufvertrages durch Gewährung des blossen Besitzes an dem Kaufobjecte in der Regel kein Interesse haben wird. Aber trotz Uebereignung des Kaufobjectes werden dem Käufer bisweilen die gleichen Rechte zustehen, wenn in Folge der Belastung des Kauf-

[2]) Motive S. 177; Planck, 306 N. 1; Kleineidam, S. 48.

[3]) Ueber die Bestimmungen der Frist vgl. oben S. 51 ff.

objectes mit Rechten, die von Dritten gegen ihn geltend gemacht werden können und zu deren Beseitigung der Verkäufer verpflichtet ist (§§ 433—437), die Erfüllung des Kaufvertrages für ihn kein Interesse hat. Doch werden in diesen Fällen dem Käufer diese Rechte meist nicht bezüglich des ganzen Kaufvertrages zustehen, sondern nur bezüglich des fictiv unmöglich gewordenen Theiles der Leistung des Verkäufers.

Aber die gleichen Rechte werden meistens auch ohne rechtskräftige Verurtheilung des Verkäufers für den Käufer entstehen, wenn dieser ihn durch eine Mahnung oder Klageerhebung nach Fälligkeit seiner Leistungen und, ohne dass der Verkäufer sie daraufhin erfüllt hätte, in Verzug gesetzt hat, sofern nicht die Zeit zur Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers nach dem Kalender bestimmt gewesen war, sodass der Verkäufer schon durch die blosse Nichterfüllung derselben in Verzug gekommen ist. Die Bestimmung des § 285 kann hierbei nicht in Betracht kommen, denn der Verkäufer ist nach § 433 ff. zur Uebergabe und Uebereignung des lastenfreien Kaufobjectes an den Käufer verpflichtet, ist er hierzu unvermögend, so hat er diesen Umstand zu vertreten. Auch für das B.G.B. ist die frühere Deduktion in Geltung geblieben.[4]) »Der Verkäufer soll nicht eher verkaufen, als bis er gewiss geworden, dass er das verkaufte Object und zwar lastenfrei gewähren kann, er muss seine im Kaufabschlusse selbst liegende Erklärung, zur Lieferung des Verkauften im Stande zu sein, vertreten.« Der Käufer erlangt dann, wenn die Erfüllung des Kaufvertrages in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat (§ 326[2]), sofort, andernfalls nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm nach Massgabe von § 326[1], 1 bestimmten angemessenen Nachfrist das Recht zum Rücktritte vom ganzen Kaufvertrage und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben gegen den Verkäufer (§ 326[1], 2). Die gleichen Rechte entstehen für den Käufer

[4]) Seufferts Archiv, Bd. XXX n. 238 S. 344.

hinsichtlich des ganzen Kaufvertrages, wenn die vom Verkäufer theilweise bewirkte Erfüllung des Kaufvertrages für ihn kein Interesse hat, vermag der Käufer diesen Nachweis nicht zu führen, so entstehen sie für ihn nur hinsichtlich des fingirt unmöglich gewordenen Theiles der ganzen Leistung, vgl. oben S. 45 ff. Ebenso entstehen die gleichen Rechte für den Käufer und daneben noch die Rechte, die § 323 dem Käufer giebt, für diesen, wenn während des Verzuges des Verkäufers thatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung seiner primären Verbindlichkeiten eintritt, sofern der Käufer nicht selbst die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat (§ 325). Denn der Verkäufer hat nach § 287 B.G.B. jeden Umstand, der die Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen, während er im Verzuge ist, bewirkt, zu vertreten, sofern er nicht nachweisen kann, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Erfüllung des Kaufvertrages eingetreten sein würde. Die bisher behandelten Verpflichtungen des Verkäufers, die die Rechte des Käufers für den Fall, dass der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage bei dem Abschlusse desselben unvermögend ist, im Gefolge haben, dürften genügen, um den Verkäufer von dem Abschlusse eines Kaufvertrages abzuhalten, wenn er zur Erfüllung der daraus für ihn entstehenden Verpflichtungen unvermögend ist. Deshalb liegt auch kein Grund vor, mit den Motiven[5]) anzunehmen, dass »das Unvermögen des Schuldners und mit ihm des Verkäufers, mag es anfängliches oder nachträgliches sein, in allen Fällen, in denen es nicht der wirklichen Unmöglichkeit gleichgestellt wird, immer gleich verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit vom Verkäufer zu vertreten sei«. Eine Gleichstellung des Unvermögens des Schuldners mit der Unmöglichkeit findet im B.G.B. nur in § 275 statt, indem § 275[2] bestimmt, dass hinsichtlich der befreienden Wirkung der Unmöglichkeit der Leistung, die in Folge

[5]) Motive S. 45, 46.

eines nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstandes nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, das nachträglich eingetretene Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleichzustellen ist. Auch findet sich nirgends im B.G.B. ein Anhalt für die Ansicht der Motive und diese sagen dazu selbst noch an derselben Stelle,[5]) dass »das Unvermögen des Schuldners weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners ist«.

Wird die Erfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers, zu deren Erfüllung er unvermögend war, in Folge eines weder vom Käufer noch Verkäufer zu vertretenden Umstandes unmöglich, was vorkommen kann, wenn der Verkäufer noch nicht in Verzug gekommen war, so ist der Fall ebenso zu beurtheilen, wie wenn der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten im Stande gewesen und dann die Unmöglichkeit der Erfüllung derselben eingetreten wäre. Es gilt dann bezüglich der Verpflichtungen des Verkäufers das oben S. 35 ff. Gesagte. Entsprechend ist der Fall zu behandeln, dass die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, oder in Folge eines nicht vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit, zu welcher der Käufer im Verzuge der Annahme war, wenn auch der Verkäufer zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen unvermögend gewesen war. Es gilt dann bezüglich der Verpflichtungen des Verkäufers das oben S. 39 ff. Gesagte. Entsprechend sind auch die Fälle zu behandeln, in welchen die Unmöglichkeit während des Laufes der nach § 283 bezw. 326 bestimmten Nachfristen eingetreten ist und die Unmöglichkeit in Folge eines Umstandes eintrat, den der Käufer oder weder dieser noch der Verkäufer zu vertreten hatte, es gilt dann ebenfalls bezüglich der Verpflichtungen des Verkäufers das oben S. 34 ff. und 39 ff. Gesagte. Es kann in allen derartigen Fällen nicht in Betracht kommen, dass der

Verkäufer zur Erfüllung seiner primären Verbindlichkeiten, ehe die Unmöglichkeit eintrat, bereits unvermögend gewesen ist, sofern er nicht schon in Verzug gekommen war. Wenn nach den Bestimmungen des B.G.B. ausser in § 275 dem Unvermögen des Schuldners keine Bedeutung zugemessen worden ist, so dürfen wir dasselbe auch nicht zum Nachtheile des Verkäufers berücksichtigen. Allerdings werden Fälle, wie sie in diesem Abschnitte behandelt worden sind, nur selten vorkommen, aber geschieht dies, so hat der Verkäufer eben einmal Glück gehabt. Planck[6]) behauptet zwar, § 324 könne in den Fällen, in welchen ursprüngliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorlag, nicht in Frage kommen, doch glaube ich nach dem oben Gesagten, mit Unrecht. Ebenso, wenn er behauptet, dass der Käufer nicht vom Kaufvertrage zurücktreten oder die ihm für den Fall § 323 zustehenden Rechte geltend machen könne, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers, zu der er bereits unvermögend war, in Folge eines vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, wenn also z. B. das verkaufte, seinem Eigenthümer gestohlene Pferd während des Verzuges des Verkäufers in dessen Stalle verbrannt ist, ohne dass Fahrlässigkeit desselben vorlag, oder, wenn zwar diese vorlag, aber der Brand stattfand, als der Verkäufer noch nicht in Verzug gekommen war. Denn auch zu Gunsten des Käufers wird man das ursprüngliche Unvermögen des Verkäufers unberücksichtigt lassen müssen.

§ 15.

β) Nachträgliches Unvermögen.

Wird der Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufvertrages zur Erfüllung dieses in Folge eines nicht von ihm oder dem Käufer zu vertretenden Umstandes unvermögend, so wird er nach § 275[2] von seinen primären Verpflichtungen frei. Da es dem Sinne des Gesetzes aber

[5]) Planck, § 325 N. 6.

nicht entspricht, den Verkäufer im Falle des nachträglichen Unvermögens besser zu stellen, als im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen, so entstehen für den Verkäufer in diesem Falle die gleichen secundären Verpflichtungen, wie im Falle der weder vom Käufer noch Verkäufer verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers.[1]) Aus diesem Grunde wird man auch dem Käufer den Anspruch auf das vom Verkäufer erlangte Surrogat zusprechen müssen, obwohl aus dem Wortlaute des Gesetzes dieses nicht folgt, vielmehr, wie oben S. 38 dargethan wird, ist durch § 275[2] das nachträgliche Unvermögen des Schuldners keineswegs allgemein der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners gleichgestellt worden ist. Man wird deshalb auch der Ansicht Kuhlenbecks[2]) nicht zustimmen können, dass § 323 auf die Fälle des Unvermögens des Schuldners zur Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage nicht Anwendung finden könne, wenn man ihm auch zugeben muss, dass weder nach dem Gesetzestexte noch nach den Vorarbeiten die Bestimmungen der §§ 323 ff. auf den Fall des Unvermögens des Schuldners zur Leistung, das nach dem Abschlusse des gegenseitigen Vertrages eingetreten ist, Anwendung zu finden haben. Ebenso wie es also angebracht erscheint, die Bestimmungen des § 323 auch auf den Fall des nachträglichen von keinem Contrahenten verschuldeten Unvermögens des Verkäufers zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen in Anwendung zu bringen, ebenso ist es auch billig, für den Fall des nachträglichen Unvermögens des Verkäufers § 324 in Anwendung zu bringen, wenn der Käufer das Unvermögen verschuldet hat. Denn es liegt kein Grund vor, den Käufer besser zu stellen, wenn er den Umstand, der das Unvermögen des Verkäufers herbeigeführt hat, zu vertreten hat, oder dieses zwar nicht der Fall ist, der Käufer aber, als jener Umstand eintrat,

[1]) Vgl. oben S. 34 ff.

[2]) Kuhlenbeck, Ko. § 323 N. 1.

im Verzuge der Annahme war, als wenn Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers durch einen solchen Umstand eintrat. Vgl. über die in Folge dessen entstehenden Verpflichtungen des Verkäufers oben S. 39 ff.

Wird der Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufvertrages in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen unvermögend, hierbei kommt in Betracht, dass der Verkäufer beim Gattungskaufe sein Unvermögen, solange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, zu vertreten hat (§ 279), so entstehen für ihn die gleichen Verpflichtungen wie im Falle des ursprünglichen Unvermögens vgl. oben S. 55. Der Käufer erlangt also mit dem fruchtlosen Ablaufe der dem säumigen oder rechtskräftig zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen verurtheilten Verkäufer bestimmten Nachfrist oder mit dem Eintritte der vom Verkäufer verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages das Recht, vom Kaufvertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Verkäufer zu verlangen.

Auf das für den Käufer in diesen Fällen entstehende Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung (§ 327, 1). Der Käufer muss also, wenn er vom Kaufvertrage zurücktreten will, dieses dem Verkäufer innerhalb einer von diesem bestimmten angemessenen Frist (§ 355) erklären (§ 349). Der Rücktritt ist jedoch ausgeschlossen, wenn entweder der Käufer oder jemand, dessen Verschulden der Käufer nach § 278 zu vertreten hat, eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang des ganzen oder eines erheblichen Theiles des ihm verkauften und übergebenen Gegenstandes oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes verschuldet hat (§ 351). Dasselbe ist der Fall, wenn der Käufer die ihm verkaufte und übergebene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352), oder wenn er den empfangenen

Gegenstand oder einen erheblichen Theil des Gegenstandes veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat oder eine derartige Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgt ist, und bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind (§ 353). Hat der Käufer aber den Rücktritt vom Kaufvertrage wirksam erklärt, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die von diesem empfangenen Leistungen Zug um Zug gegen Wiedergabe der von ihm bewirkten Leistungen zurückzuerstatten (§§ 346, 348, 1). Die als Kaufpreis empfangene Geldsumme hat der Verkäufer nebst 4% Zinsen vom Empfange derselben an zurückzugeben (§§ 347, 3, 248), für vom Käufer geleistete Dienste sowie für die Benutzung einer Sache, die er etwa ausser dem Kaufpreise vom Käufer empfangen hatte, hat der Käufer den Werth zu vergüten (§ 346, 2). Der Verkäufer ist zur Leistung von Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges, oder einer aus einem andern Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe von dem Empfange der Leistung des Käufers an nach den Vorschriften verpflichtet, welche über das Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches gelten (§ 347, 1). Dieselben Bestimmungen kommen zur Anwendung bezüglich der Verpflichtung des Verkäufers zur Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen der empfangenen Sache, sowie bezüglich seines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen auf die empfangene Sache (§ 347[2]). Der Verkäufer ist also für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass in Folge seines Verschuldens die empfangene Sache verschlechtert wird, untergeht, oder aus einem andern Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989), er ist ferner verpflichtet, dem Käufer die Nutzungen, die er von dem Empfange der Sache an gezogen hat, herauszugeben und dem Käufer für die von ihm in Folge eines Verschuldens

nicht gezogenen Nutzungen, die nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirthschaft hätte ziehen können, Ersatz zu leisten (§ 987). Er kann aber für die auf die empfangene Sache gemachten nothwendigen Verwendungen und für die Aufwendungen, die er zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht hat, Ersatz verlangen und bis zur Befriedigung seiner Ansprüche die Herausgabe der empfangenen Sache dem Käufer verweigern (§§ 994, 995, 1000).

Diese strenge Haftung des Verkäufers bezüglich der empfangenen Leistungen tritt aber nicht ein, wenn der Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrage wegen eines Umstandes erfolgt, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat. Der Verkäufer haftet dann vielmehr nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 327, 2). Ueber die Verpflichtungen des Verkäufers, die dann entstehen, vgl. oben S. 39. Diese mildere Haftung des Verkäufers tritt also dann ein, wenn der Käufer vom Kaufvertrage zurücktritt, weil der Verkäufer die ihm gemäss § 283 zur Erfüllung seiner primären Verpflichtungen gesetzte Nachfrist verstreichen lässt, weil ihm die Erfüllung seiner primären Verpflichtungen in Folge eines weder von ihm noch vom Käufer zu vertretenden Umstandes zeitweilig unmöglich geworden ist.[3]) In dem von Stammler[4]) an dieser Stelle genannten Falle, dass die Erfüllung der Verpflichtungen des säumigen Verkäufers während des Laufes der Nachfrist nicht nur zeitweilig, sondern für immer, in Folge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, wird für den Käufer weder das Recht auf Schadensersatz noch zum Rücktritt vom Kaufvertrage entstehen, da wie oben S. 55 dargethan ist, § 283[1], 3 auch auf die während des Laufes der dem säumigen Verkäufer bestimmten Nachfrist eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen analog anzuwenden ist. Jedoch erlöschen alle Verpflichtungen des

[3]) Schollmeyer, Ko. § 327.

[4]) Stammler, S. 146.

Verkäufers, wegen der vom Käufer empfangenen Leistungen, wenn der Rücktritt des Käufers unwirksam wird. Dieses ist der Fall, wenn der Käufer mit der Rückgewähr des ganzen oder eines erheblichen Theiles des vom Käufer empfangenen Gegenstandes in Verzug gekommen ist und die Rückgewähr auch nicht innerhalb der vom Verkäufer bestimmten angemessenen Nachfrist bewirkt hat (§ 354).

Was die Verpflichtung des Veräufers zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages betrifft, so braucht der Verkäufer dem Käufer nur gegen Bewirkung der ihm vom Käufer geschuldeten Leistung Schadensersatz zu leisten. Denn der Kaufvertrag bleibt bestehen und der Verkäufer muss den Schadensersatz leisten, weil er nicht seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nachkommt. Der Schadensersatz tritt an die Stelle der primären Verpflichtungen des Verkäufers.[5]) Dagegen ist Cosack[6]) der Ansicht, dass »der Käufer die ihm obliegende Gegenleistung nicht als Gegengabe zu bieten braucht«. Mit welchem Rechte aber sollte der Käufer vom Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages verlangen, wenn er selbst die ihm nach demselben obliegenden Leistungen nicht erfüllt? Cosack[7]) giebt sogar selbst zu, dass die Partei, welche Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangt, auf dem Boden des Vertrages bleibt. Da der Schadensersatz, weil er wegen thatsächlicher oder wenigstens fingirter Unmöglichkeit der Erfüllung der primären Verpflichtungen des Verkäufers zu leisten ist, stets in Geld bestehen wird, so kann der Käufer seine Gegenleistung, soweit sie in Geld besteht, mit der Schadensersatzforderung compensiren, braucht sie also nicht realiter zu bewirken; soweit sie aber in Leistungen besteht, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, muss er sie vollständig bewirken, und bezüglich

[5]) Schollmeyer, Ko. § 325 N. 2,

[6]) Cosack, S. 336 § 90, 2a; ebenso Schöller in Gruchots Beiträgen XLIV S. 622.

[7]) Cosack, S. 365 § 112, 1a.

des Verhältnisses dieser Gegenleistungen des Käufers und der Schadensersatzleistung des Verkäufers gelten die Bestimmungen der §§ 320 ff. Sollte also die Gegenleistung des Käufers, soweit sie in Leistungen besteht, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande hat, thatsächlich oder fingirt unmöglich geworden sein, so kann der Verkäufer seinerseits vom Käufer den in Folge der Unmöglichkeit seiner Leistung erlangten Ersatz verlangen und eventuell, wenn der Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, vom Käufer zu vertreten ist, seinerseits vom Kaufvertrage bezüglich dieses Theiles der Gegenleistung zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages vom Käufer verlangen.

3. Kapitel.

Besondere Voraussetzungen der Haftung auf Schadensersatz.

§ 16.

Während alle anderen secundären Verpflichtungen des Verkäufers ohne weiteres entstehen, sofern nur die Voraussetzungen der §§ 320 ff. erfüllt sind, besteht bezüglich der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages eine Beschränkung. Diese bezieht sich auf den Verkauf derjenigen Gegenstände, welche am häufigsten Gegenstand eines Kaufvertrages sind, nämlich von beweglichen Sachen und Rechten, die zum Besitze einer beweglichen Sache berechtigen. Ist nämlich eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigenthumsübertragung übergeben worden, so tritt nach § 440[2] die Verpflichtung des Verkäufers zum Schadensersatz an den Käufer wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, nur unter besonderen Voraussetzungen ein. Es zeigt sich hier gewissermassen ein Ueberrest des Grundsatzes im römischen Rechte, dass der Verkäufer nur »dafür einzustehen hat, dass der Käufer die

gekaufte Sache wie eine eigne haben und geniessen könne« (Windscheid, S. 609 § 389), und eine Ausnahme von dem »Verschaffungsprinzip« des B.G.B.[1])

Der Käufer muss die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht zum Besitze der Sache herausgegeben haben. Es genügt also nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht, dass der Dritte auf Grund eines Rechtsgeschäftes mit dem Käufer wieder in den Besitz der ihm gehörigen Sache gelangt ist. Betrachten wir zunächst den Fall, dass der Käufer die Sache dem Dritten auf Grund eines mit diesem geschlossenen Kaufvertrages herausgegeben hat. Hat der Dritte in Kenntniss von seinem an dem Kaufobjecte noch bestehenden Rechte den Kaufvertrag über dasselbe mit dem ersten Käufer abgeschlossen, um sich den Beweis seines Rechtes zu ersparen, so muss er auch dem ersten Käufer den verabredeten Kaufpreis zahlen und kann von diesem keinen Schadensersatz verlangen, da er den Mangel im Rechte seines Verkäufers gekannt hat (§ 439). Empfängt der erste Käufer als Kaufpreis von seinem Verkäufer den vollen Sachwert, so hat er keinen Schaden erlitten. Deshalb kann von einem Schadensersatzanspruch gegen den ersten Verkäufer keine Rede sein. Anders liegt der Fall, wenn ein geringerer Preis als der Werth des Kaufobjectes dem ersten Käufer von seinem Käufer gezahlt worden ist. Wenn dieses der erste Käufer gethan hat, so ist der Grund dafür, dass er einen Process seitens des Dritten wegen seines Rechtes gefürchtet und deshalb ihm den Kaufgegenstand für den geringen Preis verkauft hat. In einem solchen Falle hat der erste Käufer dem Dritten die Sache mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben, indem er sie ihm für den geringen Preis verkauft hat. Deshalb ist dem ersten Käufer ein Schadensersatzanspruch gegen seinen Verkäufer zu gewähren. Hat der Dritte in Unkenntniss seines Rechtes an dem Kauf-

[1]) Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltstande II, 129 ff.; Bernhöft, Kauf, Miethe und verwandte Verträge S. 23.

objecte den Kaufvertrag über dasselbe abgeschlossen und erst nach Uebergabe der Sache erkannt, dass ihm ein Recht an derselben zustehe, so kann er gemäss §§ 433 ff., 440, 320 die Zahlung des Kaufpreises verweigern und den schon gezahlten gemäss § 812 zurückverlangen. Da der Dritte aber in einem solchen Falle die Sache nicht auf Grund des Kaufvertrages, sondern auf Grund seines Rechtes hat, wenn sie ihm auch der Verkäufer nicht mit Rücksicht auf sein Recht herausgegeben hat, so wird man dem ersten Käufer einen Schadensersatzanspruch gegen seinen Verkäufer gewähren können, denn durch § 440^{2-4} sollte nur verhütet werden, dass der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels des Verkäufers erhalte und gleichzeitig im Genusse der Sache verbleibe.[2]) Wenn der zweite Käufer noch vor erfolgter Uebergabe der Sache entdeckt, dass ihm ein Recht an der Sache zustehe, so wird er die Uebergabe der Sache auf Grund des Kaufvertrages zurückweisen und sie auf Grund seines Rechtes verlangen. Erfolgt diese aber, so ist sie mit Rücksicht auf sein Recht erfolgt, weshalb dem ersten Käufer ein Anspruch auf Schadensersatz gegen seinen Verkäufer zu gewähren ist. Dasselbe ist der Fall, wenn der Dritte in Unkenntniss seines Rechtes mit dem Käufer einen Schenkungs-, Mieth , Pacht-, Leihe- oder Verwahrungs-Vertrag abgeschlossen und vor erfolgter Uebergabe der Sache bemerkt hat, dass ihm ein Recht an derselben zustehe. Wenn der Dritte dagegen erst nach erfolgter Uebergabe der Sache diese Kenntniss erlangt, so kann der Käufer wegen des Rechtes des Dritten zunächst keine Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen. Dagegen ist Leonhard für den Fall, dass die Uebergabe auf Grund eines Schenkungsvertrages erfolgt, und der Dritte Eigenthümer der Sache ist, anderer Ansicht, er meint, dass der Käufer Schadensersatz vom Verkäufer verlangen könne, weil ihm die Freude der Wohlthätigkeit vereitelt werde, da er dem Beschenkten

[2]) Denkschrift S. 91.

kein Eigenthum gewähren kann, das dieser schon hat. Aber eben der Umstand allein, dass der Käufer durch das an der gekauften und ihm übergebenen Sache bestehende Recht eines Dritten Schaden erleidet, wird vom Gesetze nicht für ausreichend erklärt, um den Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zu rechtfertigen § 440², es muss noch eine den Voraussetzungen von § 440²⁻⁴ zu diesem Umstande hinzukommen. Vielmehr kann der Käufer in den zuletzt erwähnten Fällen sich nur auf folgende Weise den Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer verschaffen. Er kann den abgeschlossenen Vertrag nach § 119² anfechten; denn der Käufer war darüber im Irrthum, dass dem Dritten an der Sache ein Recht zustehe. Dies ist aber eine solche Eigenschaft der Sache, die im Verkehr als wesentliche angesehen wird, und es ist anzunehmen, dass der Käufer bei Kenntniss der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den betreffenden Vertrag nicht abgeschlossen haben würde. Ficht nun der Käufer den Vertrag an, der dann als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142), so hat der Käufer die Sache zwar nicht dem Dritten mit Rücksicht auf sein Recht herausgegeben, aber er hat sie nunmehr auf Grund seines Rechtes. Deshalb wird man dem Käufer aus den oben S. 69 erwähnten Gründen einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer zubilligen können.

Ferner entsteht der Schadensersatzanspruch des Käufers gegen Verkäufer wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, wenn die Sache untergegangen ist. Ob der Verkäufer oder der Käufer oder keiner von beiden den Untergang der Sache verschuldet hat, ist unerheblich für die Entstehung des Schadensersatzanspruches des Käufers. Nicht richtig ist es, wenn Planck[3]) sagt: »Ist der Untergang der Sache vom Käufer selbst verschuldet, so greifen die allgemeinen Grundsätze über die Folgen eines mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten Platz (§ 254)«. Die Ent-

[3]) Planck, § 440 N. 5c.

stehung des Schadens des Käufers in Folge des Rechtes des Dritten, das diesen zum Besitze der Sache berechtigt, ist unabhängig von dem Untergange der Sache, der Schaden entsteht bereits, wenn der Käufer für seinen Kaufpreis eine Sache erhält, an der das Recht eines Dritten besteht, nur die Geltendmachung des Ersatzanspruches des Käufers wegen seines Schadens ist an den Untergang der Sache geknüpft. Man wird höchstens sagen können, dass der Käufer in einem solchen Falle, da er dem Verkäufer vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise Schaden zufügt, dem Verkäufer zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, wenn er den Untergang der Sache, sei es durch vorsätzliches, sei es durch fahrlässiges Handeln in der Absicht, den Schadensersatzanspruch gegen Verkäufer hierdurch zu erlangen herbeigeführt hat (§ 826). Der Verkäufer wird natürlich seinen Schadensersatzanspruch gegen den Käufer mit dem des Käufers gegen ihn kompensiren können, da beide in Geld bestehen werden.

Der Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer entsteht ferner, wenn er dem Verkäufer die gekaufte Sache zurückgewährt, d. h. ihm den körperlichen Besitz derselben wieder verschafft hat. Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen des Rechtes des Dritten an der Sache entsteht ferner, wenn der Käufer den Dritten beerbt oder dieser den Käufer beerbt, oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt[4]) oder den Dritten abfindet. Unter Beerbung ist hier sowohl der Fall zu verstehen, dass der Dritte oder der Käufer Alleinerbe als auch der Fall, dass einer der Miterbe des andern wird,

[4]) Der Ansicht von Schwamborn, die Lehre von der Eviktion beim Kauf, S. 47, dass der Käufer keinen Anspruch gegen den Verkäufer erwirbt, wenn er das Recht von dem Dritten erlangt, ehe er diesem die Sache herausgegeben habe, kann nicht beigestimmt werden, denn durch § 440[3] ist eben ausdrücklich der anderweite Erwerb des Rechtes des Dritten der Herausgabe der Sache an den Dritten bezüglich der Erlangung des Schadensersatzanspruches gleichgestellt worden.

zu verstehen. Der anderweitige Erwerb des Rechtes des Dritten kann unter Lebenden wie von Todeswegen entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt sein. Es gehören hierher auch die Fälle, dass der Dritte den Käufer zum Nacherben eingesetzt oder ihm sein Recht an der Sache vermacht hat. Der Fall der Abfindung des Dritten unterscheidet sich von dem Falle des anderweitigen Erwerbes des Rechtes des Dritten durch den Käufer dadurch, dass der Dritte nur in Folge irgend welchen Thuns des Käufers auf sein Recht verzichtet, ohne dass der Käufer das Recht erwirbt. Ist das Recht des Dritten an der Sache das Eigenthum desselben an dieser, so wird der Käufer wohl nicht den Verkäufer wegen dieses Rechtes nur abfinden, sondern er wird es ihm abkaufen. Besteht dagegen das Recht des Dritten in einem Niessbrauch oder Pfandrecht an der Sache, so wird eine blosse Abfindung des Dritten meistens den Interessen des Käufers nach genügend sein.

Ferner genügt zur Entstehung des Schadensersatzanspruches des Käufers die Abtretung seines Anspruches auf Herausgabe der Sache an ihn gegen einen andern an den Verkäufer. Jedoch muss der abgetretene Anspruch fällig und unbedingt sein und nicht durch Einreden entkräftet werden können. Denn, wenn die Abtretung eines nicht fälligen Anspruches z. B. des Anspruches gegen den Miether, dem noch nicht gekündigt ist, oder überhaupt binnen einer bestimmten Frist nicht gekündigt werden kann, für genügend erachtet werden sollte, so würde in Folge dieser Ansicht der Zweck der Bestimmungen des § 446^{2-4} illusorisch gemacht werden, der Käufer würde dann gleichzeitig im Genusse der Sache in Folge der gezogenen Miethzinsen bleiben und gleichzeitig eine Entschädigung von dem Verkäufer wegen seines Rechtsmangels erhalten, was gerade vermieden werden sollte durch § 440^{2-4}.

Alle diese weiteren Voraussetzungen sind für die Entstehung des Schadensersatzanspruches des Käufers nur erforderlich, wenn diesem die gekaufte bewegliche Sache übergeben worden ist. Unter Uebergabe ist nur die nach

§ 929 erfolgte Uebergabe der Sache zu verstehen.[5]) Nicht stehen der realen Uebergabe für diese Fälle die Uebergabesurrogate der §§ 930, 931 gleich. Denn es soll durch § 440[2–4] nur vermieden werden, dass der Käufer gleichzeitig im Genusse der Sache ist und einen Ersatz wegen des Rechtsmangels des Verkäufers erhält. Hat die Uebergabe der Sache auf dem Wege des § 931 stattgefunden, so ist der Käufer hierdurch noch gar nicht in den Genuss der Sache gekommen und dasselbe ist der Fall, wenn die Uebergabe nach § 930 erfolgt ist und das zwischen dem Käufer und dem Verkäufer vereinbarte Rechtsverhältniss dem Käufer keinen Entgelt für die Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes der gekauften Sache gewährt. Auch, wenn die Uebergabe der Sache mit Einwilligung des Käufers nach § 931 geschehen sein sollte, so ist ihm doch aus den oben erwähnten Gründen, sobald die Voraussetzungen der §§ 440[1], 326, 325 erfüllt sind, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages wegen des Rechtes des Dritten an der Sache, das ihn zum Besitze derselben berechtigt, zu gewähren. Dass also unter den Ausdruck Uebergabe der Sache im Sinne von § 440[2] nicht das Uebergabesurrogat des constitutum possessorium des gemeinen Rechtes gehört, was Scherer[6]) meint, dürfte wohl erwiesen sein.

Die bisher behandelten besonderen Voraussetzungen für die Erlangung des Schadensersatzanspruches des Käufers von beweglichen Sachen und Rechten, die zum Besitze einer beweglichen Sache berechtigen, wegen eines den Dritten zum Besitze der Sache berechtigendes Rechtes an der übergebenen Sache sind Ueberreste des römischen Gedankens, dass der Käufer, dem der ruhige Genuss der Kaufsache nicht beeinträchtigt wird, den Verkäufer nicht wegen Rechtsmangels behelligen darf, die durch das Verschaffungsprinzip abgeschwächt sind. Bei Grundstücken

[5]) Planck, § 440 N. 5.
[6]) Scherer, § 440 N. 2.

ist sogar dieser Ueberrest geschwunden. Dabei mögen wohl die Erwägungen mitgespielt haben, dass unser Grundbuchwesen in den Eigenthumsverhältnissen eine grosse Sicherheit zu geben vermag, daher hier dem Verkäufer die Verschaffungspflicht aufs Strengste auferlegt werden kann und dass die Gefahr, der Käufer könne die Sache zum Schaden des Verkäufers bei Seite schaffen, eine geringere Rolle spielt, als bei beweglichen Kaufgegenständen.

Cosack[7]) dagegen bemerkt: »Auch der Käufer eines Grundstücks, welcher das ihm übergebene, aber nicht übereignete Grundstück in unmittelbaren Besitze hat oder dessen Herausgabe von dem Dritten unmittelbaren Besitzer fordern kann, muss, wenn er Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages geltend machen will, das Grundstück dem Verkäufer zurückgewähren oder ihm den Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks abtreten; denn andernfalls würde er sich auf des Verkäufers Kosten rechtlos bereichern.« Im Prinzipe hat Cosack Recht. Jedoch sind die oben bei Erwähnung des Schadensersatzanspruches des Käufers von beweglichen Sachen wegen eines Rechtes, das einen Dritten zu ihrem Besitze berechtigt, besprochenen Ereignisse Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruches des Käufers von beweglichen Sachen, ihr Vorhandensein bildet einen Theil des Klagefundamentes des Klägers, dieser muss also ihren Eintritt nachweisen, um Schadensersatz vom Verkäufer zu erlangen. Behauptet er nicht einmal ihren Eintritt, so ist der Klageantrag des Käufers nicht schlüssig und der Käufer wird, auch wenn der Verkäufer nicht erscheint, mit seinem Anspruche auf Schadensersatz einfach abgewiesen. Anders liegt dagegen die Sachlage bei Grundstücken. Hier gehört für den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen des Rechtes des Dritten, das diesen zum Besitze des Grundstücks berechtigt, nichts weiter zum Klagegrunde, als dass der Dritte angeblich ein Recht zum

[7]) Cosack, S. 420 § 125 III, 4a.

Besitze des Grundstückes hat und dass die Voraussetzungen der §§ 440[1], 325 oder 326 erfüllt sind. Hat der Käufer diese Klagethatsachen bewiesen, so ist sein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verkäufer gerechtfertigt. Der Verkäufer kann nur einredeweise der Klage des Käufers gegenüber geltend machen, dass dieser zur Zurückgewährung des Grundstückes, das sich in seinem unmittelbaren Besitze befindet, oder zur Abtretung seines Anspruches auf Herausgabe des Grundstückes gegen den unmittelbaren Besitzer desselben nach den Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht an ihn verpflichtet sei (§§ 325, 280, 346 ff.). Erscheint also der Verkäufer im Verhandlungstermine nicht, oder macht er diesen seinen Anspruch nicht geltend, so erfolgt ohne weiteres seine Verurtheilung zur Leistung des Schadensersatzes an den Käufer.

Indem also § 440[2–4] die oben S. 144 ff. erwähnten Thatsachen als Bedingungen des dort besprochenen Anspruches angeführt hat, hat es sie zu Klagethatsachen gemacht, während die Ansprüche des Verkäufers eines Grundstückes gegenüber dem Anspruche des Käufers auf Schadensersatz erst in Folge der Geltendmachung des Anspruches des Käufers aus §§ 325, 280[2] entstehen und deshalb vom Verkäufer einredeweise geltend gemacht werden müssen. Bis zur Befriedigung seines Anspruches kann der Käufer auch den Ersatz des Schadens nach § 273 verweigern. Kommt der Käufer mit der Zurückgewährung des Grundstückes in Verzug, so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Nachfrist nach § 354 bestimmen, nach deren fruchtlosen Ablauf dann der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz erlischt, wie in Gemässheit der §§ 325, 280[2] aus § 354 zu folgern ist.

Literatur-Verzeichniss.

Altsmann, Das Recht des B.G.B. 4. Aufl. 1899.

Bernhöft = Bernhöft, Kauf, Miethe und verwandte Verträge im Entwurfe eines B.G.B. f. d. D. R. 1889.

Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Bunsen = Bunsen, Einführung in das B.G.B. 1. Bd. 1896.

Cosack = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1. Bd. 1899.

Cosack, H. = Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. 1898.

Denkschrift = Denkschrift zum Entwurfe eines B.G.B. f. d. D. R. Karl Heimanns Verlag. 1896.

Dernburg, P. = Dernburg, Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. 2. Bd. 1897.

Dernburg, pr. P. = Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 4. Aufl. 1889.

Dernburg, R. d. Sch. = Dernberg, Das bürgerliche Recht. Allgemeine Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Aufl. 1899.

Eck = Eck, Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. 1874.

Endemann = Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1. Bd. 1899.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1899.

Fischer-Henle = Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1900.

Förster = Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.

Gerber = Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. 1895.

Gruchot = Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltsstande.

Hachenburg, Vorträge über das B.G.B. f. d. D. R. 1. Aufl. 1898.

Heilfron = Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Recht der Schuldverhältnisse. II, 1. 1899.

Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurfe eines B.G.B. f. d. D. R.

Landé, Commentar zum B.G.B. 1896.

Lehmann-Enneccerus = Enneccerus-Lehmann, Einführung in das Recht des B.G.B. 1. Bd. 1900.

Leonhard, Entw. = Rudolf Leonhard, Der Entwurf eines B.G.B. f. d. D. R. und seine Beurteilung. 1891.

Leonhard, Rudolf, Die Vollendung des deutschen B.G.B. 1897.

Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des pr. A.L.R. 1899. 1. und 2. Aufl.

Kleineidam = Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. f. d. D. R. 1900. Breslauer Habilitationsschrift.

Kübel, Vorlage des Redaktors des 1. Entwurfes eines B.G.B. f. d. D. R.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. 1898/1899.

Kuhlenbeck = Kuhlenbeck, Das B.G.B. erläutert. 1898/1899.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.

Meisner = Meisner, Commentar zum B.G.B. 1897.

Motive = Motive zum Entwurfe eines B.G.B. f. d. D. R. Bd. 2 Schuldverhältnisse. 1888.

Mommsen, Fr., Unmöglichkeit der Leistung. 1853.

Mommsen, Fr., Erörterung über die Regel cuius periculum est, eius esse debet commodum.

Neumann = Neumann, Commentar zum B.G.B. 1898/1899.

O.Tr. = Obertribunals-Entscheidungen.

Oertmann = Oertmann, Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. 1899.

Philler, Vorlesung über das B.G.B. 1899.

Planck = Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert. 1898 ff.

Protokolle = Protokolle der Commission für die 2. Lesung des Entw. eines B.G.B. f. d. D. R. 1 Bd. 1897/1899.

R.G. = Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen.

R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichs-Ober-Handels-Gerichts.

Scherer = Scherer, Commentar zum B.G.B. 1897/1899.

Seuffert, L., Die allgemeinen Grundsätze des Obligationen-Rechts.

Seuffert = Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Schollmeyer, K. = Schollmeyer, Commentar zum B.G.B. 1899.

Schollmeyer, R. d. Sch. = Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. f. d. D. R. 1897.

Schwamborn, Die Lehre von der Eviktion beim Kaufe. 1897.

Stammler = Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren im B.G.B. f. d. D. R. 1897.

Staub, Suppl. = Supplement zu Staubs Commentar zum Allg. H.G.B. 1897.

Staudinger = Staudinger, Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. von Ph. Mayring. 1898/1899.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. 1895/1898.

Wanjeck, Preussisches und deutsches Civilrecht. 1897.

Weyl = Weyl, Vorträge über das B.G.B. Bd. 1. 1898.

Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 8. Aufl. von Kipp. 1900.

Lebenslauf.

Ich, Paul Kurt Rawitscher, bin geboren am 28. Dezember 1875 zu Liegnitz als Sohn des Gerichts-Assessors a. D. und Bankiers Erich Rawitscher und seiner Ehefrau Luise, geb. Hamburger. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem städtischen Gymnasium daselbst, welches ich Michaelis 1896 mit dem Zeugnisse der Reife verliess.

Hierauf widmete ich mich an den Universitäten Berlin, Heidelberg und Breslau dem Studium der Rechte und hörte die rechts-staatswissenschaftlichen und geschichtlichen Vorlesungen bezw. Uebungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Aschaffenburg, Beling, Brie, Dahn, Delbrück, Eck †, Otto Fischer, His, Hübler, Jörs, Karlowa, Leonhard, Lesser, v. Lilienthal, Georg Meyer †, Neumann, Schröder, Sombart, Thode, Adolf Wagner, Max Weber.

Am 11. Dezember 1899 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung. Am 29. Dezember 1899 wurde ich als Referendar für den Staatsdienst vereidigt und als solcher bis zum 30. September 1900 am Kgl. Amtsgerichte zu Wansen beschäftigt. Seit dem 1. Oktober 1900 bin ich am Kgl. Landgerichte zu Brieg beschäftigt und genüge gleichzeitig meiner militärischen Dienstpflicht im Infanterieregiment No. 157

daselbst. In Folge dieses letzteren Umstandes ist mir die Benutzung der neuesten Literatur über die Unmöglichkeit bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit nicht mehr möglich gewesen.

Allen meinen verehrten Lehrern spreche ich meinen herzlichsten Dank aus, insbesondere den Herren Professoren Geheimräthen Dr. Leonhard und Oberlandesgerichtsrath Dr. Fischer für die gütige Förderung und die werthvollen Rathschläge, die sie mir bei der Abfassung vorstehender Arbeit haben zu Theil werden lassen.